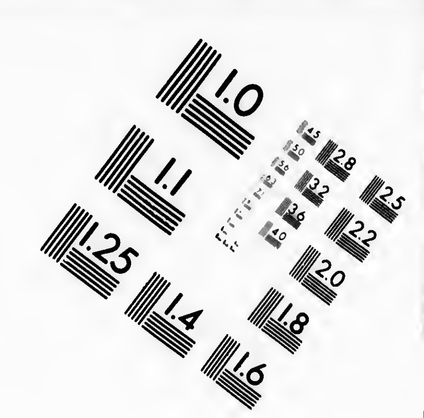
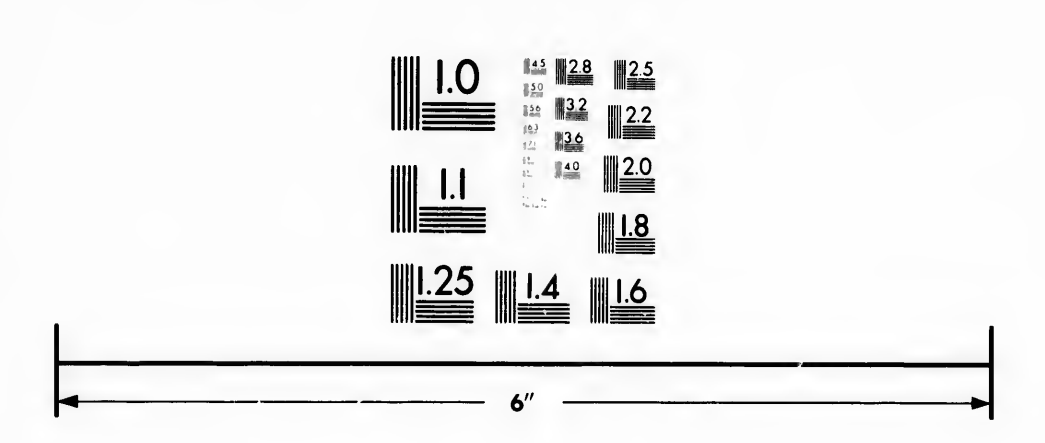
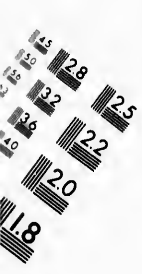


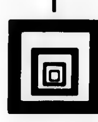
IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)





CIHM/ICMH Microfiche Series.

CIHM/ICMH Collection de microfiches.





Technical and Bibliographic Notes/Notes techniques et bibliographiques

The Institute has attempted to obtain the best original copy available for filming. Features of this copy which may be bibliographically unique, which may alter any of the images in the reproduction, or which may significantly change the usual method of filming, are checked below.

- [ ] Coloured covers/ Couverture de couleur
- [ ] Covers damaged/ Couverture endommagée
- [ ] Covers restored and/or laminated/ Couverture restaurée et/ou pelliculée
- [ ] Cover title missing/ Le titre de couverture manque
- [ ] Coloured maps/ Cartes géographiques en couleur
- [ ] Coloured ink (i.e. other than blue or black)/ Encre de couleur (i.e. autre que bleue ou noire)
- [ ] Coloured plates and/or illustrations/ Planches et/ou illustrations en couleur
- [ ] Bound with other material/ Relié avec d'autres documents
- [x] Tight binding may cause shadows or distortion along interior margin/ La reliure serrée peut causer de l'ombre ou de la distortion le long de la marge intérieure
- [ ] Blank leaves added during restoration may appear within the text. Whenever possible, these have been omitted from filming/ Il se peut que certaines pages blanches ajoutées lors d'une restauration apparaissent dans le texte, mais, lorsque cela était possible, ces pages n'ont pas été filmées.
- [ ] Additional comments:/ Commentaires supplémentaires:

L'Institut a microfilmé le meilleur exemplaire qu'il lui a été possible de se procurer. Les détails de cet exemplaire qui sont peut-être uniques du point de vue bibliographique, qui peuvent modifier une image reproduite, ou qui peuvent exiger une modification dans la méthode normale de filmage sont indiqués ci-dessous.

- [ ] Coloured pages/ Pages de couleur
- [ ] Pages damaged/ Pages endommagées
- [ ] Pages restored and/or laminated/ Pages restaurées et/ou pelliculées
- [x] Pages discoloured, stained or foxed/ Pages décolorées, tachetées ou piquées
- [ ] Pages detached/ Pages détachées
- [x] Showthrough/ Transparence
- [ ] Quality of print varies/ Qualité inégale de l'impression
- [ ] Includes supplementary material/ Comprend du matériel supplémentaire
- [ ] Only edition available/ Seule édition disponible
- [ ] Pages wholly or partially obscured by errata slips, tissues, etc., have been refilmed to ensure the best possible image/ Les pages totalement ou partiellement obscurcies par un feuillet d'errata, une pelure, etc., ont été filmées à nouveau de façon à obtenir la meilleure image possible.

This item is filmed at the reduction ratio checked below/
Ce document est filmé au taux de réduction indiqué ci-dessous.

10X	12X	14X	16X	18X	20X	22X	24X	26X	28X	30X	32X
						✓					

1	2	3

1
2
3

1	2	3
4	5	6

RAPPO

376.

RAPPORTS JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

JUI

I

REVISION
PORT

DES CA

Juge de

C. O. B

RAPPORTS

JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

COMPRENANT LA

REVISION COMPLÈTE ET ANNOTÉE DE TOUTES LES CAUSES RAPPORTÉES DANS LES DIFFÉRENTES REVUES DE DROIT DE CETTE PROVINCE JUSQU'AU 1er JANVIER 1892

AINSI QUE

DES CAUSES JUGÉES PAR LA COUR SUPRÊME ET LE CONSEIL PRIVÉ SUR APPEL DE NOS TRIBUNAUX

PAR L'HONORABLE M. MATHIEU

Juge de la Cour Supérieure de Montréal, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval à Montréal

---

TOME XII

MONTREAL

C. O. BEAUCHEMIN & FILS, LIBRAIRES-IMPRIMEURS

256 et 258, rue Saint-Paul

1895

CAUSES RAPPORTÉES

DANS CE VOLUME

ABRÉVIATIONS.

P. D. T. M. :—*Précis des Décisions des Tribunaux du district de Montréal*, 1854, par T. K. Ramsay et L. S. Morin, avocats.

D. T. B. C. :—*Décisions des Tribunaux du Bas-Canada*, en 17 volumes, commencées en 1851, par MM. Lelièvre, Angers, Beaudry et Fleet, avocats.

J :—*Lower Canada Jurist.*

R. J. R. Q. :—*Rapports Judiciaires Revisés de la province de Québec*, par le juge Mathieu.

C. C. :—*Code Civil du Bas-Canada.*

C. M. :—*Code Municipal du Bas-Canada.*

C. P. C. :—*Code de Procédure Civile du Bas-Canada.*

S. R. Q. :—*Statuts Refondus de la Province de Québec.*

C. B. R. :—*Cour du Banc de la Reine* ou *Cour du Banc du Roi.*

C. S. :—*Cour Supérieure du Bas-Canada.*

RAPPORTS JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC.

COMPLAINT AGAINST A MEMBER OF THE BAR.

SUPERIOR COURT, Montreal, 1st December, 1862.

Coram MONK, Justice.

Ex parte BERNARD DEVLIN, Applicant for writ of certiorari.

Held: That the council of the bar acting and taking cognizance of complaints against members of the profession under the 72nd chapter of the consolidated statutes of Lower Canada have no jurisdiction to try a complaint made against a member for an act done as a mere agent. (1)

H. W. Austin, complained of B. Devlin, before the council of the bar, at Montreal, on the 20th May, 1862, that, after revocation of the power of attorney which Devlin held from a firm of Farren, Fullam, & Co., in New-York, had been informally notified to Devlin, by Austin, which informal course Austin had adopted from a sense of delicacy, Devlin had nevertheless, after receiving the notification, drawn, as such attorney, from the protonotary of the Superior Court, the sum of £13 which was payable by the prothonotary to Farren, Fullam and Co., as a dividend out of the estate of one Mullins. Devlin pleaded to the complaint, and, after evidence heard before the council, the following judgment was rendered by the council, Montreal, June, 16th 1862: " Coram, S. BETHUNE, F. W. TORRANCE, P. R. LAFRENAYE, F. P. POMINVILLE J. DOUTRE, A. ROBERTSON, M. MARCHAND, members of the council. The council, having heard the parties, pronounced the following judgment: That, in view of the fact that Mr. Devlin had been made aware by M. Austin before drawing the money from the prothonotary, that his power had been revoked, he ought not under the circumstances to have applied for and drawn the same; and that, in acting as he did, and in refusing subsequently to account for or explain his conduct

(1) V. art. 3527 S. R. Q.

when called upon so to do by Mr. Austin, he has acted in a manner unbecoming the honor and dignity of the profession." The jurisdiction assumed by the council of the bar in this case was based upon the 72nd chapter of the consolidated statutes of Lower Canada, sec. 10." The council of each section shall in and with regard to such section, have power; first, for the maintenance of the discipline and honor of the body, and as the importance of the case requires, to pronounce, through the *bâtonnier*, a censure or reprimand against any member guilty of any breach of discipline or of any action derogatory to the honor of the bar, &c." On the 18th November last, Devlin gave notice to the members composing the council, who had concurred in the above judgment, that he would apply to the court for a writ of *certiorari* founded upon affidavit to remove the proceedings into the Superior Court. On the day of application, applicant objected to the proceedings and judgment of the council, because the judgment was headed *a complaint by H. W. Austin*, whereas it should have been *a complaint by the syndic, F. W. Torrance*, and because the judgment of censure should have been pronounced through the *bâtonnier* and not through the council, and because the council was without jurisdiction.

PER CURIAM: The court is satisfied that, in the matter complained of, the applicant acted as a simple agent of Farren, Fullam & Co, in New-York, and not in his professional capacity as a member of this bar. The council in this matter were clearly without jurisdiction and the writ may therefore issue Motion granted. (7 *J.*, p. 29.)

KERR and NAGLE, for Petitioner.

A. MORRIS, for Council.

CHARGE DU MARIAGE.

COUR DE CIRCUIT, Montreal, 31 octobre 1862.

Coram, SMITH, Justice.

PAQUETTE, *vs.* LIMOGES, *et vir.*

Jugé: Qu'un mari et une femme séparés de biens sont conjointement et solidairement tenus au paiement de choses nécessaires à la vie, bien qu'elles aient été achetées pendant la communauté. (1)

(1) La femme séparée de biens peut, sans l'autorisation de son mari consentir valablement un billet promissoire pour des effets de grocerie et choses nécessaires à la famille. (*Rivet et al.*, vs. *Léonard et vir.*, C. S. Montréal. 17 octobre 1848, ROLLAND, juge en chef, DAY, et SMITH, juges 5 *R. J. R. Q.*, p. 486.)

La femme mariée séparée de biens peut consentir valablement un billet promissoire à l'ordre de son mari, sans qu'il soit dit sur le billet qu'elle est

Le Demandeur poursuivait les Défendeurs Marie Louise Limoges et Antoine Marsant dit Lapierre, séparés de biens par sentence judiciaire, pour la somme de £12 7s 6d, étant pour épiceries, aliments et autres choses nécessaires à la vie, fournis aux Défendeurs et à leur famille. Le mari confessa jugement ; mais la femme plaida qu'elle était judiciairement séparée de biens ; et que la dette avait été contractée et les effets et marchandises vendus et livrés pendant la communauté, à laquelle elle avait renoncé.

Girouard, pour le Demandeur, prétendit que la Défenderesse ne pouvait invoquer le bénéfice de son jugement en séparation de biens ; que ce n'était pas comme dette de la communauté, mais comme charge du mariage, que le Demandeur réclamait des deux parties assujetties à ces charges le paiement des effets et des marchandises, qu'il leur avait avancés, pour les soutenir eux et leur famille, que, d'après les lois du mariage, le mari et la femme sont tous deux tenus de se faire vivre et de faire vivre leur famille, et qu'en cela il importait peu que la femme fût séparée de biens ou non ; et à l'appui de ces propositions, il cita les autorités suivantes : Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 384-85-86-87-88 : *Idem*, *De la communauté*, § 4, *De la séparation contractuelle*, nos 464-65 ; § 3, *De la séparation de biens judiciaire*, nos 522, 732 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, sur les art. 234, 235-36, p. 586, § 14 ; Duplessis, *De la communauté*, p. 391 ; Renusson, *De la communauté*, p. 166, édit. 4e ; Arrêt du 12 avril 1595, rapporté par Brodeau sur Louët, lettre R. somm. 54, et un autre arrêt rapporté par Soëfve, tom. 1er cent, 1ère c. 60.

ONÉZIME LORANGER, pour la Défenderesse, soutenait, au contraire, que la dette ayant été contractée pendant la communauté, à laquelle elle avait renoncé, elle était de plein droit

autorisée par lui, si ce billet est donné pour des provisions de grocerie à elle fournies pour la consommation de sa famille. (*Cholet*, vs. *Duplessis et vir.*, C. S. Montréal, 28 février 1862, BADGLEY, juge, 10 *R. J. R. Q.*, p 44.) V. la cause de *St. Amand*, vs. *Bourret*, *et ux.*, 11 *R. J. R. Q.*, p. 343.)

La femme mariée séparée de biens ne peut sans l'autorisation de son mari, endosser valablement un billet pour l'accommodation d'un tiers, cet endossement étant étranger à l'administration de ses biens. (*Hertel de Rouville*, *et vir*, et *The President*, *Directors and Company of the Commercial Bank*, Midland district Cour d'Appel, Québec, 2 *R. J. R. Q.*, p. 79.)

Un billet promissoire fait conjointement par le mari et la femme séparés de biens, pour des effets vendus et livrés à la femme, est nul quant à la femme, s'il n'est pas dit qu'elle est autorisée par son mari. (*Bodeau*, vs. *Brault*, *et ux.*, C. S. Montréal, 30 avril 1857, DAY, SMITH et CHABOT, juges, 5 *R. J. R. Q.*, p. 485.)

La femme mariée séparée de biens d'avec son mari par un contrat de mariage dans lequel il est stipulé que la femme est autorisée à gérer ses biens et que le mari supportera seul les charges du ménage, ne peut sans l'autorisation spéciale de son mari s'obliger pour le paiemen d'effets nécessaires à la famille achetés par elle dans un magasin. (*Benjamin*, *et al.*, vs. *Clarke*, *et vir.*, C. C., Montréal, 17 février 1859, SMITH, J., 7 *R. J. R. Q.*, p. 397.)

libérée de la payer, de même qu'elle était déchargée de toutes les autres dettes de la communauté ; qu'en cela, la loi ne fait aucune distinction entre les dettes pour le soutien de la famille et les autres dettes ; mais, au contraire, elle libère la femme, qui renonce à la communauté, de toutes les dettes, sans aucune exception.

Mr. le Juge SMITH : *Action for the recovery of goods and necessaries to the use of the family. The Court is clearly of opinion that the wife is responsible jointly and severally with her husband, although separated. It has been so held by this Court.* Judgment for Plaintiff. (1) (7 *J.*, p. 30.)

M. GIROUARD, pour le Demandeur.

M. LORANGER ET FRÈRES, pour les Défendeurs.

BILLET PROMISSOIRE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 27th February, 1863.

Coram MONK, A. J.

KEARNEY *vs.* KINCH et al.

Held: That a promissory note, payable to order, may be validly made on the Lord's day, commonly called Sunday. (2)

Plaintiff brought an action to recover $62 41c. on a note bearing date 18th May, 1862, against the maker and endorser.

(1) Le 27 fevrier 1863, cette décision a été confirmée par un autre jugement de la Cour de Circuit, Mr. le Juge Monk siégeant ; dans une cause de *Saint-Amand* vs. *Persillier dite Lachapelle et vir.*

(2) Par le Statut du Bas-Canada de 1805, 45 Geo. 3, ch. 10, intitulé : *Acte qui prohibe la vente des effets et marchandises, vins, rum et autres liqueurs fortes, les jours du dimanche*, il était decrété que *aucuns marchands, colporteurs, porte-cassettes, cabaretiers ou autres personnes qui tiennent des maisons publiques de quelque description ou dénomination qu'elles puissent être, ne pourront vendre, débiter, ni détailler aucuns effets, marchandises, vins, rum ou aucunes autres liqueurs fortes pendant et durant les jours de dimanche ; et que toute personne ou personnes de la description susdite, qui vendront, débiteront ou détailleront les dits effets, marchandises, vins, rum ou autres liqueurs fortes pendant et durant les dits jours, encourront et paieront pour chaque contravention, une amende ou pénalité qui n'excèdera cinq livres, et pour la seconde et chaque contravention subséquente, une amende ou pénalité qui ne sera pas moindre de cinq livres, et qui n'excèdera pas dix livres courant. Pourvu que cet acte ne sera pas entendu de manière à empêcher de vendre, aux portes des Eglises des campagnes, durant les dits jours de dimanche, les fruits et revenus des biens de mineurs, des absents et des interdits, et aussi les effets provenant des quêtes publiques, pour le bénéfice des églises, et ceux des terres et des œuvres pies.* Il a été jugé sous ces dispositions, que la vente d'un cheval faite le dimanche et une reconnaissance par écrit de l'obligation d'en payer le prix étaient nulles comme faites en contravention à cette loi (*Côté*, vs. *Lemieux*, C. S. Québec, 2 mai 1859, STUART, juge en chef. 7 *R. J. R. Q.*, p. 204.)

The maker made default, and the endorser Doutney pleaded that the note, by reason of the same being a trading contract entered into on the lord's day, commonly called Sunday, could not be used as evidence of a commercial negociation entered into on the Lord's Day.

PER CURIAM: The Court does not know of any law, either in Canada or England, which declares that a note made on sunday is a nullity and void. The counsel for Doutney cited *Côté vs. Lemieux*, (7 *R. J. R. Q.*, p. 204), which the court has looked at, and does not consider a precisely similar case. Judgment for Plaintiff. (7 *J.*, p. 31.)

MCGEE and WALSH, for Plaintiff.

DAY and DAY, for Doutney.

VENTE.—CRAINTE ET TROUBLE.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 Octobre 1862.

Coram MONK, A. J.

BERNESSE DIT BLONDIN *vs.* MADON.

Jugé: 1° Que lorsqu'il existe des hypothèques et charges sur un bien vendu, il sera sursis à l'exécution du jugement obtenu par le vendeur pour le prix de vente jusqu'à ce que le vendeur donne caution *sous hypothèque de biens immeubles* que l'acheteur ne sera jamais troublé ni inquiété.

2° Que le vendeur n'ayant pas offert telle caution dans le cours de l'instance, doit payer les frais de l'action. (1)

Le motivé du jugement expose les questions soulevées, et la décision rendue sur icelles, conformément aux dispositions du chapitre 36 des statuts refondus du Bas-Canada.

" La Cour, considérant que le Demandeur a établi en preuve que le Défendeur lui est endetté en une somme de $\$1049\frac{0}{100}$ pour balance en capital et intérêts calculés jusqu'au 7 mars

(1) L'acheteur d'un immeuble hypothéqué, qui, dans une poursuite prise contre lui par le vendeur, pour le recouvrement du prix de vente, plaide crainte de trouble, sera condamné à payer le prix. Mais il sera ordonné de surseoir à l'exécution du jugement jusqu'à ce que le Demandeur ait fourni au Défendeur caution pour le garantir de tout trouble à ce sujet. (*Perras*, vs. *Beaudin*, C. S. Montréal, 28 avril 1862, BERTHELOT, juge. 10 *R. J. R. Q.*, p. 322.)

L'acheteur d'un immeuble qui a juste sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire sera condamné à payer le prix de vente, mais il sera ordonné de surseoir à l'exécution du jugement jusqu'à ce que le vendeur lui ait fourni caution, et le Demandeur devra payer les frais de poursuite V. *S. R. B. C.*, ch. 36, sec. 31 et art 1535 C. C. (*Bruneau*, vs. *Robert*, C. S. Montréal, 28 juin 1862, SMITH, juge. 10 *R. J. R. Q.*, p. 326.)

1862, sur la somme de 7000 livres ancien cours, montant du terme de paiement ou installement devenu dû et échu le 1er novembre 1861, par et en vertu de l'acte de vente de la terre et prémisses décrites dans la déclaration en cette cause, fait et consenti par le Demandeur au Défendeur, le 29 juillet 1861, devant Grenier et son confrère, Notaires publics, et considérant que la vente a été faite avec garantie de tous troubles et empêchements généralement quelconques, et, de plus, qu'il paraît et qu'il est clairement établi par des actes et documents produits en cette cause par le Défendeur au soutien de son exception péremptoire qu'à l'époque où la vente a été faite et consentie par le Demandeur au Défendeur, un sixième de la terre et prémisses appartenait et appartient à l'enfant encore mineur issu du mariage du Demandeur avec Marguerite Desjardins sa première femme, la terre ayant été un conquêt de la communauté qui a existé entre le Demandeur et sa dite première femme; et considérant aussi que la terre et prémisses, lors de la vente, étaient grevées d'hypothèques, et nommément, 1° pour une somme de mille livres ancien cours et intérêts, en vertu de l'obligation faite et consentie par le Demandeur au nommé Charles Auguste Maxime Globensky, par acte passé le 3 Décembre, 1855, devant Mackay et son confrère, Notaires publics, enregistré le 21 février, 1859; et 2° par le droit que Emilie Cadieux, épouse actuelle du Demandeur, a dans et sur la terre et prémisses, à raison de la donation à elle faite par le Demandeur son mari dans le contrat de mariage exécuté le 23 novembre, 1850, devant Filiatrault et son confrère, Notaires publics, de la jouissance de la moitié de la maison construite sur la terre, ainsi que la jouissance d'un demi arpent de terre en superficie à être clos auprès de la maison, le contrat enregistré le 30 octobre, 1861; et la Cour, considérant que le Défendeur, en conséquence de ces hypothèques et du droit qu'a le mineur dans et sur la terre, a raison de craindre qu'il sera troublé dans la jouissance et possession de la terre et prémisses, et qu'en conséquence et suivant le statut en tel cas pourvu, le Défendeur a droit de retarder le paiement du prix de vente et de le garder entre ses mains jusqu'à ce que le Demandeur ait fait cesser les craintes de trouble. La cour maintient l'exception péremptoire plaidée par le Défendeur à cet égard, et faisant droit sur la demande du Demandeur, condamne le Défendeur à payer au Demandeur la somme de $1049, avec intérêt sur la dite somme à compter du dit 7 mars, 1862, jusqu'à l'actuel paiement, mais la Cour ordonne qu'il soit sursis à l'exécution du présent jugement jusqu'à ce que le Demandeur ait donné bonne et suffisante caution, sous hypothèques de biens immeubles, que le Défendeur ne sera jamais troublé ni inquiété dans la jouissance de la terre et

prémisses à lui vendues par le Demandeur le 29 juillet, 1861, devant Grenier et confrère, Notaires, à raison des dites hypothèques, ou à raison du droit du mineur pour un sixième de la terre. Et la Cour, considérant que le Demandeur, ni par sa déclaration en cette cause, ni par sa réponse à l'exception du Défendeur, n'a offert de donner suffisante caution au Défendeur pour le garantir de tous ces troubles, condamne le Demandeur à payer les dépens de cette action. (7 *J.*, p. 32.)

MORIN et MARCHAND, avocats du Demandeur.

MOREAU, OUIMET et CHAPLEAU, avocats du Défendeur.

RESPONSABILITE DES NOTAIRES.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 27 mai 1862.

Coram SMITH, J.

BOURDEAU *vs.* DUPUIS.

Jugé: Que, dans l'espèce, le Défendeur poursuivi pour avoir certifié et délivré, en qualité de Notaire public, une copie erronée et incorrecte d'un acte de vente, n'est pas responsable en dommages par suite du refus du Demandeur de permettre au dit Notaire de la corriger aussitôt que l'erreur, dont cette copie était entachée, fut découverte.

Le Demandeur réclamait du Défendeur la somme de £52 1s. 6d. pour le montant de certains frais par lui encourus sur une inscription de faux qu'il avait faite à l'encontre d'un acte de vente passé le 3 février, 1845, pardevant le Défendeur, en sa qualité de Notaire public, entre le Demandeur et le nommé Palin, et, par suite de l'omission qui avait été faite dans la copie que le Défendeur lui avait donnée, d'une clause importante qui militait contre les intérêts du Demandeur, et qui se retrouvait dans les autres copies. Cette inscription de faux avait été renvoyée, avec dépens. Le Défendeur répondit à cette action par deux exceptions. Par la première, il alléguait, qu'il avait informé le Demandeur de cette erreur en 1850, c'est-à-dire, avant l'inscription de faux en question, et lui avait demandé de lui remettre cette copie informe afin de corriger l'erreur qui s'y était glissée, ce que le Demandeur avait toujours refusé de faire. Par la seconde exception, le Défendeur alléguait que le Demandeur s'était inscrit en faux contre la minute même de l'acte, et avait nié sa propre signature. Le Défendeur, par sa réponse, prétendait que l'omission dans sa copie de cette clause qui l'obligeait à une servitude très onéreuse, avait naturellement excité ses soupçons sur toute la validité de l'acte ; qu'il eût renoncé trop facilement à ses droits

ou à tout recours en justice en remettant cette copie sur la simple réquisition du Notaire instrumentaire, et que cette lacune ayant pu se constater par la simple collation de la copie avec la minute, lors de l'expédition même de cette copie aussi bien qu'après, le Défendeur s'était rendu coupable d'une négligence grossière et d'une incurie impardonnable, et devait réparer les torts et dommages qui en étaient résultés,

SMITH, J.: This is an action brought against a Public Notary for a defective copy of a deed of Sale between Plaintiff and one Palin, passed before the Defendant as notary. In that copy was found the omission of an important clause. Plaintiff claims from Defendant the amount of his costs on an *inscription de faux* against said act, also damages which he alleges to have suffered by the dismissal of his *inscription de faux*. Defendant's pleas raise two points, viz. 1st that Defendant has always refused to deliver up that defective copy and have a fresh one corrected upon the minute; 2d that upon the *inscription de faux*, Plaintiff denied his own signature to the minute, which was the only subject matter of the *inscription de faux*. The facts having been proved on the part of Defendant, I feel compelled to dismiss the action, with costs. The judgment is *motivé* as follows: "considering that Plaintiff hath failed to establish the existence of any right of action against Defendant, by reason of any thing alleged and proved in the said cause, the court doth dismiss the said action. (7 *J.*, p. 34.)

MÉDÉRIC LANCTOT, Attorney for Plaintiff.

BÉTOURNAY and RICARD, Attorneys for Defendant.

COMPETENCE DE LA COUR DES COMMISSAIRES.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 septembre 1859.

Coram MONK, A. J.

Ex parte DESPAROIS, sur certiorari, et PIERRE LABERGE, poursuivant en Cour Inférieure.

Jugé: Que les commissaires pour la décision sommaire des petites causes n'ont pas juridiction pour adjuger sur une demande dont le titre de créance étant pour plus de $25, a été divisé pour donner juridiction à la cour. Il en serait autrement si le Demandeur faisait remise de l'excédant de $25.

L'affidavit de circonstance exposait que, dans l'action portée devant la Cour des Commissaires de la paroisse de Chateauguay, la demande se trouvait formulée comme suit: " Le De-

" mandeur poursuit le Défendeur pour une somme de £6 5 0, " sur un billet consenti par le Défendeur en date du 3 mars " 1857, *pour une plus forte somme.*"

JUDGMENT : Considering that by the statement produced by the commissioners, it appears that the amount sued for in the Commissioner's Court, formed part of a sum exceeding the sum of £6 5 0, by one and the same title of debt and that, by law, the commissioners had not jurisdiction in this case, it is adjudged that the judgment of the 2nd day of November, 1857 be and the same is hereby quashed and set aside, with costs against Pierre Laberge." (7 *J.*, p. 35.)

DOUTRE et DAOUST, pour le Requérant.

LAFLAMME, LAFLAMME et DALY, pour Laberge.

CAPIAS.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, 6th December, 1864.

In Appeal from the Superior Court, district of Montreal.

Coram DUVAL Chief Justice, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, A., Justices.

JAMES BURNS, (Defendant in the court below,) Appellant, and FRANK ROSS, (Plaintiff in the court below,) Respondent.

Held : That Plaintiff was justified in his belief of Lefendant's being immediately about to leave the province of Canada, with intent to defraud Plaintiff, from the fact that Defendant had bought from Plaintiff a large quantity of wheat for the price of $8293.75, payable cash on delivery, and had received delivery of the wheat, but had only paid a portion of the price, leaving a balance of $2993.57 unpaid; and that Defendant, upwards of two months afterwards, was about to go abroad to Scotland, his original domicile, where his family had resided for five years, without paying Plaintiff the balance, and without leaving any property in Canada out of which Plaintiff could get paid, and after repeated applications had been made to him for payment. (1)

The Plaintiff applied, on the 26th November, for a writ of *capias ad respondendum* against the body of Defendant, founded upon the following affidavit : " Frank Ross, of the city and district of Montreal, in the province of Canada, merchant, trading at the city of Montreal, under the name and firm of Frank Ross & Co., having been duly sworn on the holy evangelists, doth depose and say, that. James Burns, of Bothwell, in that part of the united kingdom of Great Britain and Ireland called Scotland, merchant, presently in the city

(1) V. art 798 et 819 C. P. C.

of Montreal, is personally indebted to said Frank Ross, trading as aforesaid, under the said name of Frank Ross & Co., in a sum exceeding ten pounds sterling, to wit, in the sum of two thousand seven hundred and ninety-three dollars and fifty-seven cents, due as follows, to wit: as the balance of a larger sum of $8293,57, which became due to said Frank Ross from said James Burns, using the name and style of James Burns & Co., as and for the price and value of seven thousand seven hundred and fifty-one bushels of wheat, heretofore, to wit, at Montreal, on or about the thirteenth day of September last, sold by said Frank Ross to said James Burns, at and after the price of one dollar and seven cents per bushel, to be paid in cash on the delivery thereof, and delivered by Ross to Burns, at his request. And the deponent saith, that, though the said wheat was so sold for cash on delivery and was duly delivered to Burns, at his request, yet he hath wholly refused and neglected to pay for the same; but hath only paid on account of the said sum of eight thousand two hundred and ninety-three dollars and fifty-seven cents, the sum of five thousand and five hundred dollars, leaving a balance of two thousand seven hundred and ninety-three dollars and fifty-seven cents due and owing from him to the deponent. And the deponent saith that he hath reason to believe and doth verily believe that said James Burns is immediately about to leave that part of the province of Canada, heretofore called the province of Lower Canada, and he is also immediately about to leave the province of Canada with an intent to defraud the deponent, and that such departure will deprive the deponent of his remedy against the said James Burns, whereby without the benefit of a writ of *capias ad respondendum* or a writ of attachment against the body of the said James Burns, he deponent, will lose his said debt and be deprived of his remedy against Burns. And deponent doth depose af follows as regards the grounds of his said belief. That the said wheat was to be paid for on delivery, and the deponent confiding in the promise and agreement of Burns so to pay for the same on delivery, delivered the said wheat to Burns, but Burns hath violated his agreement and hath refused to name any period for paying the balance of two thousand seven hundred and ninety-three dollars and fifty-seven cents to Plaintiff, to wit, deponent: That Burns is only temporarily in Montreal, and in the province of Canada and was only temporarily in Montreal and in the province of Canada at the date of said purchase, and hath now and had, at the date of the purchase, no office or domicile in Montreal, or in the province of Canada, and the family of Burns reside in that part of the united kingdom of Great Britain and Ireland called Scotland, and that the domicile of Burns is in fact in Scotland,

where his residence is: That this deponent is credibly informed and doth verily believe that Burns is immediately about to return to Scotland, as deponent hath been informed, by William Dalzell, of the city of Montreal, produce dealer. That Burns will, as deponent believes, on his departure leave no property behind him in the province to answer for the debt so due by him to deponent: That Burns, notwithstanding his intended immediate departure, hath refused to pay the said sum of two thousand seven hundred and ninety-three dollars and fifty-seven cents to deponent and may never return to the province." The Defendant was arrested, and gave bail to the sheriff, and thereupon presented a petition to a judge in chambers to be discharged out of custody, under the provisions of the 87th chapter of the consolidated statutes of Lower Canada, sec. 8. The parties went to evidence, and it appeared in evidence that Defendant, on the 30th September, 1862, had bought from Plaintiff a large quantity of wheat, payable cash on delivery. The wheat was delivered, but the price was only paid in part, leaving a balance of $2793.57 unpaid, though repeated applications were made to Defendant for payment. He had no permanent domicile in Canada, and was there for temporary purposes of trade; the domicile of his family was in Scotland, where a house was rented for them, and his own original domicile was in Scotland. He had married in Quebec, and lived there for some years, and then removed to Montreal with his family, where he kept house for several years; and, in 1857, he gave up his house and housekeeping in Montreal, and removed his family to Scotland, where he remained with them about a year; and then leaving his family in Scotland, he returned to Montreal for purposes of business; and, since 1857, he had spent 8 months of the year in Montreal, for business purposes, boarding with his brother-in-law, James Johnston, in Montreal, and the other four months of the year he had spent with his family in Scotland, at their residence. His place of business in Montreal, consisted of a room which adjoined another room occupied by his brother Adam. In his absence his brother acted as his attorney. It was undoubted that he was to leave Canada for Scotland, in the month of December, without paying Plaintiff, and without leaving property behind him to pay him. After hearing, the judge of the Superior Court, rendered judgment on the 31st December, 1862, and remarked as follows.

SMITH, J.: This was a petition to discharge a debtor arrested on *capias*. Plaintiff had sold to Defendant a quantity of wheat for cash. There was a balance due of $2,700, and on this the arrest was made, the grounds being Defendant had no property here; no domicile; was here for a temporary purpose

merely, and was about to leave for Scotland, with the purpose of residing there, and all this with the intention of defrauding his creditor. Burns now said that he had a domicile here and was going to Scotland only for a temporary purpose, his family being domiciled there merely for the purpose of education, that in fact he never ceased to have a domicile here, though his family had left the country. The facts were that Burns had his original domicile in Scotland. He resided here for thirty years, and went home in 1857 with his family. After twelve months, he returned, and having bought this wheat for cash and not yet paid for it, was actually returning to Scotland. He had already rejected a motion to quash, and that would certainly have been the decision in England or in Scotland, the law in the latter country especially, being exactly like our own, and he must decide the present petition on the same principles. Burns was a very respectable man, with whom he had a personal acquaintance, and he had no idea that he intended to defraud his creditor, but he had no domicile here, he lived with his brother-in-law, his office was at his brother's office, he had no property and he acknowledged that he was going to leave the country, he said to arrange for next year's business; but *non constat* that his arrangments would ever be made, or that he would ever in fact return here. He (Mr. Justice SMITH) did not believe that Defendant intended fraud, but had he done anything which, in the eye of the law, manifested that intention, anything which gave his creditor a fair claim to exercise his remedy? If it were necessary to prove what a man meant to do in his own brain or heart, no such proof could ever be made. The question could only turn upon facts upon which a creditor could say," you are withdrawing from the jurisdiction, and for all I know your withdrawal may be forever." His honour read from Bell's commentaries on the scotch law, which he said was identical with our own on this point, to show that a debtor must remain in the jurisdiction until after judgment. That was the true principle. Otherwise a debtor might put his hands into his pockets; and say " I have nothing here, I am going away, and you can do nothing; for it is true just now I mean to come back again." It was easy to imagine the state of things that would result from debtors being at liberty to act thus, merely because a creditor could not prove their secret intentions to defraud, and therefore could have no remedy. He was sorry to have to reject the petition but he was bound to act on the law without reference to individua's. The judgment was as follows: " The court, considering that Defendant hath failed to establish the allegations of his petition, or to disprove the allegations and matters set forth in

the affidavit of the Plaintiff, doth reject the petition, with costs."

ROBERTSON, for Appellant, said: The evidence brought to repel allegations of fraud, or of a fraudulent intention, when no facts are stated from which fraud would be implied, and when fraudulent intent is given only as the belief of a deponent who does not state the grounds on which he founds his opinion, must necessarily be vague and inconclusive. The Appellant has made the best proof possible, for him, under the circumstances; the testimony of men who have known him intimately for years, had large business transactions with him, and who declare that they have never known or heard of anything that would lead them to believe that Appellant contemplated any fraud upon his creditors. It is indeed the only proof that could be brought, when no direct *act* of fraud is charged which could be disproved, and it would seem reasonable that, after such testimony had been produced, that a party alleging a belief of a fraudulent intention should be held to a strict proof of facts which would justify such a belief. In the present case, there is no proof of any act, on the part of Appellant, of anything from which any suspicion of a fraudulent intent, on his part, could be drawn. The only proof of his intention to leave Canada shews that such departure was for the ordinary purposes of his business, and this proof is to be found only in his own deposition, which states that he intended to go to Scotland, *when his business arrangements were completed*, to make business arrangements for the next year. The judgment of the court below was based entirely on the ground of the indebtedness of Appellant to Respondent, and the fact that he intended to leave the province for a time although for the purposes of his business. The learned judge, at the time he rendered the judgment complained of, stated that he was perfectly convinced that the Appellant was entirely innocent of any fraudulent intention, and that the arrest must be sustained only on the legal presumption of fraud, arising from his intended departure without meeting his indebtedness; and Appellant submits that, under the evidence of record no such presumption arises to entitle Respondent to his remedy against him as a fraudulent debtor, and that Respondent had other means of enforcing his rights against Appellant, under the circumstances. There is no allegation in the affidavit that the deponent had ever been informed that Appellant was immediately about to leave the province of Canada, *with intent to defraud his creditors or Plaintiff*; and the only allegation of any information given to deponent is "that he had been informed by William Dalzell, of the city of Montreal, produce dealer, that Appellant was imme-

diately about to return to Scotland." And it is proved that Dalzell had left Canada before the institution of this action, and that he was a stranger in Montreal. The pretentions relied on by Respondent in the court below to sustain the arrest of Appellant, as alleged in said affidavit, were 1st. the indebtedness of Appellant to Respondent, and his failure to pay on demand, 2nd. his having no office or domicile in Canada. 3rd. his intention to return to Scotland, without making provision for the payment of the amount claimed; and, 4th. that he would not leave sufficient property in Canada to pay such amount. It is submitted, that it is proved by the evidence of record for Appellant, that he has carried on business in Montreal and Quebec for upwards of twenty years, and, for the greater part of that time, has had his domicile and place of business in Montreal, and at the time of his arrest. That he had been in the habit of visiting Scotland for the last twenty years nearly every season, for the purposes of his business, and to make arrangements for the business of the ensuing year; that such visits are usual for commission merchants, and are generally made during the winter season, after the close of navigation here; that the family of Appellant was only temporarily absent in Scotland for the purposes of their education; that Appellant has never abandoned his domicile in Canada, and has continued in business in Montreal, and still carries on business in Montreal, and not elsewhere; that, during the temporary absence of Appellant, his place of business has always been open, and an agent here to transact business for him; that the allegation of fraud, in Respondents' affidavit contained, are unfounded, and that the same were made without sufficient cause.

TORRANCE, for Respondent: It is manifest that, in the circumstances in which the present debt was contracted, Respondent had a right to oppose the withdrawal of his debtor from the country without the payment of the debt. The *capias* law has given the creditor a right to examine his debtor respecting his affairs after judgment maintaining the capias; and it is only reasonable that the creditor should have it in his power to learn from the debtor what became of this large asset of his estate, namely, the wheat delivered to Appellant payable cash on delivery, but not so paid. The arrest took place in consequence of Appellant failing to keep his engagement with Respondent to pay for the goods delivered. That a merchant should fail to keep engagements to be fulfilled at a future date is not necessarily a culpable failure, but the culpability of a merchant who receives a large quantity of goods on the faith that he will perform the contemporaneous act of paying for them, and who fails to pay, is of a

very different character, and gives rise to the worst of suspicions. On receiving the goods, if he found himself unable to pay he could have returned them to his vendor with a confession of inability to fulfil his contract; such a breach of contract might be inconvenient to the vendor, but the consequences would have been far less disastrous than in the present case where the purchaser has failed either to pay for the goods or to return them. It is impossible in the circumstances of the present case to avoid coming to the conclusion that Appellant was guilty of a fraudulent act in buying the wheat for cash, and receiving delivery of it without paying for it, and that fraud continued in his making arrangements for leaving the country without paying the amount of Respondent's claims.

DRUMMOND, J., *dissentiens*: In this case, the question was whether Plaintiff was justified in taking out a *capias* against Burns. His Honor thought he was not. He had been for a number of years a resident in Montreal, and his family were in Scotland, for the sake of having the children educated there. Burns had been in the habit of going to Scotland or England to promote business during the slack season. It was part of his commercial life to go to England occasionally. A great many merchants sent their children to England or Scotland to be educated. If the evidence were sufficient to justify an arrest, there was hardly a merchant here who might not be exposed to the same treatment. It was true that Burns purchased wheat and had only paid part of the price, and that he was embarrassed; but there was not a title of evidence to show that he had any fraudulent intent in proposing to go to Scotland. His Honour believed that the Legislature intended to protect every merchant here, who left the country for a legitimate purpose. He thought the *capias* should have been quashed.

MONDELET, J., also *dissentiens*: Although it was the interest of creditors in general that no one should be allowed to leave this country without satisfying the claims upon them, he was of opinion that the statute applied only to those cases where the debtor was leaving the Province with intent to defraud. There was one feature in this case which bore an unfavourable aspect, namely, the fact that Defendant bought the wheat and sold it without accounting for the proceeds, or paying the party from whom he purchased it. But it did not follow that he intended to evade payment altogether. It was not the first time he had been to Scotland. He had already gone several times. His Honour had looked over eleven cases cited, but did not consider that any of them bore out the judgment in this case.

DUVAL, C. J.: The transaction was a cash transaction. Defendant purchased, stating that he would pay cash. He had not done so. How then did the case present itself to the Court? If Plaintiff could have found his wheat, he would have had the right to revendicate it. Defendant, when called upon to pay, put off his creditor from day to day, and said he had no money. He sold the goods, and pocketed the money, and then said that he was going to Scotland. It was proved that he did not leave an office open here; not even a clerk. If Burns in reality had the intention of returning to the country, he had only himself to blame for the issuing of the *capias* which might have been avoided by satisfying Plaintiff's demand.

MEREDITH, J.: He believed that there had already been several decisions of the Superior Court bearing out the present one. (1) There might be no fraudulent intention, but the

(1) La s. 2, du ch. 42 des S. du C. de 1849, 12 Viet., contient la disposition suivante : "Il ne sera plus loisible au Demandeur dans aucune cause ou action civile, de procéder à arrêter la personne du Défendeur, ou de le tenir en état de détention, à moins qu'un affidavit ne soit fait en la manière prescrite par la loi par tel Demandeur, son teneur de livres, commis ou procureur légal, constatant que le dit Défendeur est personnellement endetté envers le Demandeur en une somme équivalant à dix louis ou au-dessus, argent légal de cette province ; et aussi que le Demandeur, son teneur de livres ou procureur légal a raison de croire, et croit sincèrement pour des raisons qui devront être alléguées spécialement dans le dit affidavit, que le Défendeur est sur le point de laisser immédiatement la province du Canada, avec l'intention de frauder ses créanciers en général, ou le Demandeur en particulier, ou que le Défendeur a caché ou est sur le point de cacher ses biens et effets dans cette intention." Il a été jugé, sous ces dispositions, qu'un affidavit alléguant que le *déposant a raison de croire et croit vraiment que le Défendeur est sur le point de laisser immédiatement la province du Canada, avec l'intention de frauder ses créanciers, en que le Défendeur a dit au déposant, ce matin, qu'il partait pour la Californie, et le déposant a aussi appris par d'autres que le Défendeur était sur le point de partir pour la Californie*, est suffisant. (*Benjamin et al vs. Wilson*, C. S., Montréal, 5 février, 1850, DAY J., SMITH J., et VANFELSON J., 3 R. J. R. Q., p. 34.)

Un affidavit alléguant *que les raisons de la croyance du déposant que le Défendeur est sur le point de laisser cette province, avec l'intention de frauder le déposant sont que le vaisseau dont le Défendeur est le maître et co-propriétaire est maintenant chargé et prêt à être clairé à la Douane et à prendre la mer, et qu'il mettra à la voile aujourd'hui ou demain, que le Défendeur a dit au déposant qu'il allait partir dans le dit vaisseau comme maître d'icelui, pour aller au-delà des mers, et que ce serait son dernier voyage et qu'il ne reviendrait pas en Canada* est suffisant. *Wilson vs. Reid*, C. S., Québec, 20 mars, 1854, DUVAL J., et CARON J., 4 R. J. R. Q., p. 126.

Un affidavit alléguant "que les raisons de la croyance du déposant sont que le Défendeur n'a pas de domicile dans la province, et n'y a aucuns biens meubles ou immeubles, qu'il est navigateur, et qu'il est sur le point de faire voile avec son vaisseau du port de Québec, pour un voyage en dehors de la province et qu'il peut n'y pas revenir, et qu'il n'a pas, à la connaissance du déposant, pourvu au paiement de la dite créance ou d'aucune partie d'icelle," est suffisant. *Berry vs. Dixon*, C. S., Québec, 20 mars, 1854, DUVAL J., MEREDITH J., (dissident) et CARON J., 4 R. J. R. Q., p. 166.

Un affidavit alléguant, comme raisons de la croyance du déposant "que le vaisseau est chargé, et a laissé sa place et est prêt à prendre la mer avec le

fact looked like it. Having got property into his possession, Defendant failed to pay part of the price, gave no explanation, made no provision for payment, and was preparing to leave the country. Under these circumstances Plaintiff was justified in exercising his remedy. Judgment confirmed. (7 J., p. 35 et 10 J., p. 89.)

A. and W. Robertson, for Appellant.

F. W. Torrance, for Respondent.

NAVIGATION.—COLLISION.—DOMMAGES.

Superior Court, Montreal, 31st October, 1862.

Coram Badgley, J.

Sauvageau *vs.* La Compagnie du Richelieu.

Held : That, in case submitted, being a case of collision between a steamboat and a sailing vessel, on the River St. Lawrence, no proper measures having been taken to prevent all reasonable probability of a collision on board of Plaintiff's vessel, and said vessel not having the lights required by law, Plaintiff cannot claim any damages.

Badgley, J.: Plaintiff sues in damages for the loss of his barge, from an alleged collision with the steamer "Columbia." The facts of the case are these: On the night of the 11th Oct., 1861, the steamer "Columbia" was on her downward passage

Défendeur comme maitre le commandant, et que le Défendeur lui même a dit au déposant qu'il était sur le point de faire voile pour traverser les mers dans le dit vaisseau, et que, quoique fréquemment requis de payer la créance du Demandeur, le Défendeur a refusé et négligé de le faire" est suffisant. Un créancier pour une somme au-dessus de $40, peut se faire céder d'autres créances, afin de prendre un capias, et il n'est pas nécessaire que les transports de ces créances soient signifiés avant de faire émaner le capias, la signification de la demande étant une signification suffisante des transports. (*Quin vs. Atcheson*, C. S., Québec, 2 décembre, 1854, Duval, J., Meredith J., et Caron J., 4 R. J. R. Q., p. 203.

Un affidavit alléguant "que le Défendeur, de lieux inconnus, et maintenant en la cité de Québec, néglige et refuse maintenant de payer la créance du déposant ; que le déposant est informé, a toute raison de croire et croit sincèrement en son âme et conscience que le Défendeur est immédiatement sur le point de quitter la province du Canada dans le but de frauder ses créanciers et le déposant, et que la raison pour laquelle le déposant entretient cette croyance, est que la Barque St-Lawrence est maintenant expédiée en douane, et est immédiatement sur le point de faire voile pour l'Europe et que le Défendeur a lui-même signé ce jour l'expédition en douane de la barque et est embarqué ou est sur le point de s'embarquer sur la barque pour faire le voyage de ce port en Europe, comme capitaine de la barque, et que, sans le bénéfice d'un bref de capias pour arrêter le Défendeur, le déposant court risque de perdre sa créance et souffrira des dommages," est suffisant. *Lefebvre dit Vermette vs. Tullock*, C. S., Québec, 26 décembre, 1854, Duval J., Meredith J., et Caron J., 4 R. J. R. Q., p. 287.

to Quebec, and had reached nearly to Sorel. She was following her usual course, hugging the south shore, when, passing some vessels lying so much in shore as to prevent her safely continuing her course inside of them, she sheered off a little to the north to give them a berth before she rounded the point and came into the harbour of Sorel. She proceeded north but a little way when she took her course as usual to round the point, and in doing so saw a large vessel lying at the mouth of the Richelieu River, with her lights up and burning, upon which, there being no obstruction between the two, the steamer directed her course so as to get safely into Sorel; the distance between them could not have been great and the steamer's way, under steam, would, in a very short time place her at her berth at Sorel. The steamer thus was going diagonally, but in proceeding to do so, a vessel of some kind, with her lights burning, appeared to be coming up the river, but to the north of the ship at anchor. This vessel was going straight ahead before the wind, and came athwart the Columbia, striking the latter near the forward gangway at about sixty feet from the bow of the steamer, breaking in several of the upper deck berths and doing damage. The vessels separated, the steamer proceeded to Sorel, and the vessel, it seems, soon after foundered and sank. The action is brought to recover the value of the vessel, and it is alleged that the loss was occasioned by the negligence, mismanagement and want of skill of the persons on board of the Columbia, by the divergence from her usual course in going down the river; and by the Columbia striking and sinking Plaintiff's vessel. Defendant pleads that the steamer was proceeding on her usual course with all the lights required by law, that the night was dark and raining, that the collision could only come from the vessel sailing up, that she was without the lights required by law, and that she was out of her course and going contrary to the laws and regulations of the river, by which she should have gone to the north, the river being very broad there, and that she collided with the Columbia. The inattention, and want of skill, and mismanagement, were on her part and of those on board of her. Now, taking the law on the subject from the reports of the learned admiralty judge in this province, and adopting his language, it is as follows: "In cases of collision, the collision and damage may arise, first, from the fault or misconduct of the vessel suffering from the collision; or, secondly, the accident may have happened from unavoidable circumstances, without fault on the part of either vessel; thirdly, both parties may be to blame, as when there has been a want of skill or due diligence on both sides; or fourthly, the loss and damage may be owing to

the fault or misconduct of the vessel charged as the wrong-doer." In the first two cases, no action lies for the damage arising from the collision, in the third case, the law apportions the loss between the parties, as having been occasioned by the fault of both of them. Now, in this case, was the fault or misconduct on the part of the "Columbia?" It is in evidence that she had all her lights, that she was steering in a due course towards the vessel lying at the mouth of the Richelieu River, that there was no object to interrupt her course, that she did not collide with, or strike Plaintiff's vessel, that her engine was stopped as soon as possible, and that her people, pilots, &c., called out to those on board of Plaintiff's vessel to go to the north. It is said that the accident was by a fault in the Columbia going north, and then steering direct south, which was the principal or direct cause of the collision, and that the Columbia cannot claim exemption from liability in the event of damage from inevitable accidents, the rule being *quando culpa processit casum tunc casus fortuitus non excusat.* But, if there was no want of skill and discretion in her course, the Columbia is not answerable, the collision thus having arisen from *vis major.* Now, as to the course of the Columbia, it is established that the usual course is along the south shore, but, seeing the vessels at anchor, it was her duty, whether the vessels at anchor were so in a proper or improper place, or properly anchored or not, to avoid collision with them, she was compelled to go slightly north for a little way and thence to go south round the point into Sorel; this is proved to be the usual course in such cases. With reference to Plaintiff's vessel, was there any fault there: It seems she was sailing with a fair wind, the wind being north north-east, that her sails were very large and appeared to prevent the steersman from seeing ahead, that she saw the steamer taking her south course and did not make any attempt to avoid collision, and that she struck the steamer with her bow and bowsprit, showing that she was going athwart the steamer's course. Now, steamers, by nautical law, are to be considered as vessels navigating with a fair wind. The Columbia, therefore, and Plaintiff's vessel, which was sailing with a fair head wind were upon an equality. The sailing rule required Plaintiff's vessel to steer so as not to cross the course of the Columbia, and to avoid collision. This is the prevailing rule and custom of the River, and evidently seems to be the rule of good seamanship. There was time enough to steer the vessel out of the way of the Columbia and plenty of river to do it in. When Plaintiff's people first saw the south course of the Columbia, there was a considerable distance between them and sufficient to take

the vessel out of the Columbia's course, and they had no right to calculate the chances and risk the danger of a collision by continuing their course without alteration. No proper measures had been taken by them to prevent all reasonable probability of a collision: there was no person forward to see how things were going: and the circumstances proved, indicate that they were in fault and therefore came within the first rule for collision above adverted to, the fault or misconduct of the vessel suffering from the collision, and *ergo* Defendants can be liable to no damages. But there is an additional and very strong ground. The Columbia had all her lights as required by law, Plaintiff's vessel had not, (see Consolidated Statutes of Canada, page 553, Sec. 3, sub-sec. 1, 2, 3,) Plaintiff's vessel had only two lights, a red on one side, and so pale a green one as to be taken for a white, placed in front of the mast on the deck. Now, this omission to have the legal lights amounts to negligence *per se*, and from the testimony it is warrantable to conclude that the omission was a principal and substantial cause of the casualty. (1) For all these grounds the Defendants are not liable, and the action must be dismissed. I have omitted other grounds of objection, as those which I have adverted to appear sufficient. (7 *J.*, p. 39.)

DORION, DORION and SÉNÉCAL, attorneys for Plaintiff.

LAFRENAYE and ARMSTRONG, attorneys for Defendants.

COMPETENCE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 17th October 1862.

Coram SMITH, J.

SENAUER *et al.*, *vs.* PORTER *et al.*

Held: That, although the Defendants reside in Lower Canada, yet an action under the lessors and lessees' act for the rescision of a lease of a property situated in Upper Canada, is not within the jurisdiction of a Court of Law in Lower Canada.

By their declaration Plaintiffs alleged that, by a lease *sous seing privé*, made at Montreal, on the 3rd April, 1861, between Plaintiffs and Defendants, the latter leased to Plaintiffs, for the term of three years, from the first of May, 1861, all that store, shop, and cellar beneath the same, situate on the north side of Spark's Street, in the city of Ottawa, in the store block known as Porter's Block, &c.: and that, at the

(1) See page 551, Statutes of Canada, Sec. 8.

expiration of the first year, the lessors would, "at their own "costs, place and put in the two windows and shop door of "said leased premises, plate glass in lieu of those which were "there put up," &c. Plaintiffs further alleged that, although often requested, Defendants neglected to comply with the terms of said lease, and, in consequence of such failure, they prayed "that the deed of lease be declared to have been bro-"ken and annulled and may be cancelled and set aside, and "Plaintiffs released therefrom, unless Defendants choose and "prefer, within a time, to be fixed by this court, to make the "said improvements. The whole with costs." This action was met on the part of Defendants by an *exception déclinatoire*: grounded on the following reasons, to wit: Because this court hath no jurisdiction, power, or authority to cancel or set aside a lease of real property situated in that part of this province formerly Upper Canada, and the real property, the lease of which is sought to be set aside by the present action, is situate at Ottawa City, in that part of the Province of Canada, formerly Upper Canada; because the cause of the present action arose within that part of the Province of Canada, formerly Upper Canada: and the action can only be tried and determined according to the laws of the aforesaid part of the province: because this court could not render any judgment which could be executed in Upper Canada, the place where the cause of the present action arose. (1) Because the law under which the lease now sought to be cancelled and set aside was made, to wit: the Statute of this province, the 22nd Victoria chapter 92, intituled, "An Act respecting short forms of Leases," only applies to and has force and effect in Upper Canada, and has no force or effect whatever in Lower Canada. The judgment of the court is in the following terms: "The Court doth maintain the said *exception déclinatoire* with costs, and in consequence doth dismiss this action." (7 *J.*, p. 42.)

B. DEVLIN, Attorney for Plaintiff.
J. MONK, Attorney for Defendants.

(1) Vide Story, conflict of laws Art. 34 C. P. C.

PROCEDURE.—PROCUREURS AD LITEM.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st December, 1862.

Coram SMITH, J.

DEBEAUJEU, *vs.* RODRIGUE.

Held : 1 That a motion for *péremption d'instance* made in the names of three attorneys, one of whom was deceased, will be rejected.
2 That such a motion might be made in the names of the two survivors, without a substitution of attorney.

The Defendant was represented by Doutre, Daoust and Doutre. One of these gentlemen, Pierre Doutre, died, and the remaining two came before the court retaining the same name Doutre, Daoust and Doutre, and moved that the *instance* be declared *périmée.*

PER CURIAM : There are four cases in which the same questions come up. *Péremption d'instance* has been moved for in all, by the attorneys to the record, Doutre, Daoust and Doutre. But Pierre Doutre has died since the commencement of the of the action, and, therefore, cannot now act. It was argued that this was a legal copartnership, which, like other copartnerships, was an *être moral*, and, as such, might act like individuals. But there was no such thing as a copartnership of brains. The court must know the attorneys who appear before it, and it is as impossible for advocates to continue to sign the name of a deceased partner as it would be for them to assume the style of old firms which had ceased to exist, which was nevertheless possible with mercantile copartnerships. An advocate certainly could not represent himself as O'Sullivan and Grant. The survivors might have styled themselves Doutre and Daoust, without any substitution of attorneys, but they cannot make an application to the court in the name of a dead man. Motion rejected. (7 *J.*, p. 43.)

R. and G. LAFLAMME, for Plaintiff.

DOUTRE, DAOUST and DOUTRE, for Defendant.

ATTACHMENT AFTER JUDGMENT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st December, 1862.

Coram SMITH, J.

FEBRUYER, *vs.* POIRIER et DECARÉ, Garnishee.

Held: That a Plaintiff, having attached a sum of money in the hands of the garnishee belonging to Defendant, cannot make a motion that the court would order the garnishee to pay Plaintiff the amount in deduction of the amount due Plaintiff on a judgment against Defendant.

Plaintiff sued out a *saisie arrêt* after judgment against Defendant, and attached certain moneys due Defendant in the hands of garnishee. Plaintiff then made a motion to the effect that the court would order the garnishee to pay him £55 7s 4d, acknowledged by the garnishee to be due Defendant.

PER CURIAM: Plaintiff can take nothing by this motion. The proper course for Plaintiff to take is to inscribe the cause for hearing on the merits of the attachment. Motion dismissed. (7 *J.*, p. 44.)

DRUMMOND and BÉLANGER, for Plaintiff.

PROCEDURE.—PLEA OF COMPENSATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st December, 1862.

Coram SMITH, J.

BEAUDRY, *vs.* VINET.

Held: 1. That, in a plea to an action for debt, where Defendant admits the indebtedness, but alleges that Plaintiff is indebted to him in a larger sum, if compensation be not expressly prayed for, there must at least be something to shew that the plea is a plea of compensation.

2. That where a Defendant, by his plea to an action for debt, sets up that Plaintiff is indebted to him in a larger sum, but does not, by the terms of his plea, shew that it was intended for a plea of compensation, the plea will be dismissed on a demurrer, with leave to Defendant to replead.

Plaintiff's declaration alleged that Plaintiff was a priest, *curé* of the parish of St. Constant, in the district of Montreal; that Defendant, also a priest, had been Plaintiff's predecessor as *curé* over the parish of St. Constant, having left the parish on the 16th May, 1861. The declaration went on to state, that according to law and the custom of this country, the ecclesiastical year, as regards the *dîme* due, commences at St.

Michel, viz., the 29th September of each year, and ends at St. Michel of the following year. In the case where different *curés* succeed each other in the parish, during the ecclesiastical year, the *dîme* due for that year is divided between them *pro ratâ*. The Defendant had collected the whole of the *dîme*, to more than a third of which Plaintiff was entitled, but, as part had been paid or compensated for, a balance of £42.10 was claimed. The Defendant, by a pleading called *exception and defense*, admitted the justness of Plaintiff's demand, but alleged that Plaintiff owed him a larger sum of money, for which Defendant also became incidental Plaintiff. There was no allegation of compensation in the body of the plea, nor in the prayer, which was as follows: " Pourquoi le Défendeur, se réservant de prendre les conclusions qu'il a droit de prendre contre le Demandeur, pour répéter de lui ce qu'il a payé de plus qu'il n'était dû au Demandeur, conclut au débouté de l'action." To this plea, Plaintiff demurred as insufficient.

PER CURIAM: Plaintiff was a *curé* who had succeeded to the parish which Defendant, also a *curé*, had left. The latter had collected the tithes for a term part of which had been served by Plaintiff. Plaintiff claimed his share. Defendant's answer was that Plaintiff was not entitled to recover, because he owed Defendant a larger sum. He did not pray that his claim should be compensated against that of Plaintiff. Now, even adopting the extreme view of the Court of Appeals, that you need not expressly pray that one debt should be compensated by the other, there must still be something to shew that compensation was the theory of the plea. It did not necessarily follow that because Plaintiff owed Defendant one debt he should not have a right of action for another due him by Defendant. The demurrer of Plaintiff to Defendant's plea maintained with leave to plead again within twenty days from date of judgment. Demurrer maintained. (7 *J.*, p. 44.)

D. GIROUARD, for Plaintiff.

MÉDERIC LANCTOT, for Defendant.

PROCEDURE.—DECLARATION ON PROMISSORY NOTE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 21st February, 1863.

Coram MONK, J.

BULLITT et al., *vs.* SHAW et al.

Held: 1. That a Plaintiff in an action on a promissory note, sufficiently sets out the contract by alleging that the note was made simply without alleging that the note was signed.

2. That the allegation that the Defendants made a note, payable to the order of C. & M., who then endorsed and delivered the note to the Plaintiff, is sufficient without the allegation that the Defendants delivered the note to the said C. & M.

Plaintiffs declared upon a promissory note against Defendants in the following terms: "The Defendants, &c., &c., made "their certain promissory note in writing, bearing date at "Philadelphia, &c., and, thereby, nine months after the date "of the said note, promised to pay to the order of Crissey "and Markley $165.10 &c., and the said C. and M., then "endorsed and delivered the said note to the Plaintiff, &c." Defendants demurred to the declaration on the ground that the declaration did not allege that Defendant signed the note, and that it did not allege that they delivered the note to Crissey and Markley.

PER CURIAM: The allegation that Defendants made the note is sufficient as the note could not be made without being signed. The omission to allege the delivery of the note by the makers to the buyers is irregular, but there is an allegation that the note was endorsed and delivered by the payees to Plaintiffs, which could not have been without a previous delivery by the maker to the payees, C. and M. It would have been better to have alleged the delivery by the maker to the payees, but, under the circumstances, I hold that the declaration is sufficient. Demurrer dismissed. (7 J., p. 47.)

GRIFFIN, Q. C., for Plaintiffs.

KERR and NAGLE, for Defendants.

RULE AGAINST A BAILIFF.

CIRCUIT COURT, Montreal, 27th September, 1862.

Coram BADGLEY J.

ROLLAND *vs.* REUGER and LAFONTAINE mis en cause.

Held: That a rule taken against a Bailiff who has made no return to a Writ of Execution with which he was charged, asking that he be declared in contempt of court and imprisoned until he pays the debt and costs, unless he shows cause, will not be declared absolute.

A rule was taken against the Bailiff charged with a writ of execution against the moveables of Defendant, ordering him to appear before the court on a day certain, to shew cause why he should not be declared to be in contempt of court, and imprisoned until he paid Plaintiff £29 14s. 3d., principal and interest and costs, because he had made no return to the writ of execution.

PER CURIAM: The court cannot grant such a rule. The Bailiff cannot be held responsible for more than the value of the effects seized, which may amount to a great deal less than the debt. The first thing to be ascertained must be as to what effects are seized. The court will, therefore, order the bailiff to make his return within forty-eight hours after service upon him of the present order. (7 J., p. 48.)

DENIS and DESNOYERS, for Plaintiff.

ATTACHMENT BEFORE JUDGMENT.

CIRCUIT COURT, Montreal, 22nd December, 1862.

Coram SMITH, J.

ANDREW ROBERTSON, et al., Plaintiffs, *vs.* ANNE JANE ATTWELL, Defendant, and DONALD LORN MCDOUGALL, Garnishee.

Held: 1st. That an affidavit for *Saisie-arrêt avant jugement*, in which deponent says that without the benefit of a writ, &c., Plaintiffs *may* lose their debt or sustain damage, is bad.

2nd. That the Jurat of an Affidavit, to be valid must contain the words "sworn *before me*" (or us) at Montreal this——

3rd. That writ of saisie arrêt on such insufficient affidavit will be quashed on motion.

Plaintiffs issued process of *saisie-arrêt* before judgment on a claim of $120 and, by the affidavit of one of them, declared "that, without the benefit of a writ, &c., Plaintiff may be de-

prived of his remedy, and may lose his debt and sustain damage." The jurat was to the effect "sworn at this city of Montreal, this 3rd day of November, 1862." After the return of the action, PERKINS, for Defendant, moved the court (December term) to set aside the affidavit and quash attachment, for: 1st There was no proof on oath of certainty of loss of debt or sustaining damage; 2nd that the words of the statute were sacramental, and had not been followed; 3rd, that *jurat* was irregular, and bad: 4th, affidavit was insufficient; and cited Heugh, et al. Ross, et al. (MONK, J.,) Superior Court, Montreal October term; Cons. Stats., L. C., p. 717 and p. 774; *Warren et al.*, vs. *Morgan*; (1) *E'Horst* vs. *Batts*: (8 *R. J. R. Q.*, p. 345.) *Talbot* vs. *Donnelly*. (9 *R. J. R. Q.*, p. 362.)

ROBERTSON, contra, argued that the case *Heugh et al*, vs. *Ross et al.*, could not apply as it was then in appeal, under writ allowed by the Court, and that affidavit met the requirements of law, and was altogether sufficient.

SMITH, Justice: The affidavit is insufficient as not shewing certainty required by law. The jurat is irregular, though signed by the officer of this court, and, therefore, the saisie arrêt issued must be quashed. (7 *J.*, p. 49.)

JOHN DUNLOP, for Plaintiffs.

J. A. PERKINS, Junior, for Defendant.

(1) La section 2 du ch. 42 du S. du C. de 1849, 12 V. contenait la disposition suivante: " Il ne sera pas loisible au Demandeur dans aucune cause ou action civile, de procéder à arrêter la personne du Défendeur, ou à le tenir en état de détention, à moins qu'un affidavit ne soit fait en la manière prescrite pas la loi par tel Demandeur, son teneur de livres, commis ou procureur légal, constatant que le dit Défendeur est personnellement endetté envers le Demandeur en une somme équivalant à dix louis ou au dessus, argent légal de cette province; et aussi que le Demandeur, son teneur de livres ou procureur légal a raison de croire, et croit sincèrement pour des raisons qui devront être alléguées spécialement dans le dit affidavit, que le Défendeur est sur le point de laisser immédiatement la province du Canada, avec l'intention de frauder ses créanciers en général, ou le Demandeur en particulier, ou que le Défendeur a caché ou est sur le point de cacher ses biens et effets dans cette intention: Pourvu toujours, qu'il sera loisible à la cour ou à tout juge de la cour d'où aura émané l'ordre d'arrêter toute personne, soit en terme ou en vacance, d'ordonner que cette personne soit remise en liberté, s'il lui est démontré par une requête sommaire, et des preuves suffisantes, que le Défendeur est un prêtre ou ministre d'une dénonciation religieuse quelconque, ou qu'il est âgé de soixante-dix ans ou plus, ou est une personne du sexe, ou que la cause d'action a originé dans un pays étranger, ou ne se monte pas à dix louis, argent légal de cette province, ou qu'il n'y avait pas de raison suffisante pour croire que le Défendeur était immédiatement sur le point de laisser la province avec l'intention frauduleuse lorsque ce motif aura été assigné à l'arrestation, ou que le Défendeur n'a pas caché et n'était pas sur le point de cacher ses biens et effets avec cette intention, lorsque ce motif aura été assigné à l'arrestation." La section 48 du S. du C. de 1858, 22 V. se lit comme suit: " If, on an affidavit for obtaining a writ of *saisie-arrêt* before judgment under the tenth section of the ordinance of the Governor and Legislative Council of the Province of Quebec, twenty seventh George the Third, chapter four, on a writ of *Capias ad Respondendum*, under the said act of 1849, chapter fourty-two, in addition to the allegation that the Defendant is personally indebted to the Plaintiff in the sum required by

PRIVILEGE OF THE LANDLORD. PROCEDURE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 14 February, 1863.

Coram SMITH, J.

AULD *vs.* LAURENT *et al.*

Held: That a landlord claiming a right of lien against a piano occupying premises leased by him to a person, cannot sue out a writ of *Saisie Revendication* to attach the piano in the hands of a third party who broke into the house and removed the piano therefrom, and pray the Court to order the return of the piano to the house in order that the same may answer for his rent unless the landlord also join his tenant in the action as his debtor.

Auld had leased to John W. Berwick, with prohibition against subletting, a house in St. Antoine Street, belonging to his wife, for a sum of £45 and assessments, and gave him possession in May, 1860. Berwick remained in possession by tacit reconduction, till November, 1861, when, without the knowledge of his landlord, he sublet the house to one Pradget, who, forthwith, went into possession, and acquired certain furniture in the house belonging to Berwick, and also placed in the house as a *meuble meublant*, a piano which he had hired from Defendants. Plaintiff was ignorant of the proprietorship of

the said act or by the said ordinance, as the case may be, it shall be alleged upon grounds specially stated in the affidavit that the Defendant is a trader, that he is notoriously insolvent, that he has refused to compromise or arrange with his creditors, or to make a *cession de biens* to them or for their benefit, and that he continues to carry on his trade, such debtor shall then be held to be about to secrete his goods and chattels with intent to defraud his creditors generally, or the Plaintiff in particular, and a writ of *saisie-arrêt* before judgment for attaching his estate, debts and effects, may issue under the said ordinance, and a writ of *capias ad respondendum* for arresting such Defendant, may also issue under the said act." Il a été jugé, sous ces dispositions, qu'un affidavit pour *capias* et *saisie-arrêt* dans ces termes : Le déposant dit que W. est commerçant depuis plus de trois mois, qu'il est notoirement insolvable, qu'il a refusé de compromettre et de s'arranger avec ses créanciers, et notamment avec le déposant, et qu'il a même caché ou recélé ses biens, dettes et effets, avec l'intention de frauder ses créanciers généralement, et en particulier le déposant, et que sans le bénéfice d'un bref de *capias ad respondendum* contre la personne du dit W. et d'un bref d'arrêt simple contre ses biens, dettes et effets, le déposant perdra tout recours contre lui, perdra sa dette susdite et souffrira des dommages," est insuffisant, vu qu'il n'allègue pas que le débiteur a refusé de faire une cession de biens, et parceque le déposant ne donne pas les raisons de sa croyance que le Défendeur a caché ou recélé ses biens, dettes et effets, avec intention de frauder ; que c'est au Défendeur à faire la preuve sur la requête pour obtenir son élargissement, et que c'est pour cette raison que la loi oblige le déposant à donner les raisons de sa croyance, et l'affirmation positive du recel ne suffit pas pour exempter la mention des motifs de la croyance (*Warren et al.*, et *Morgan*, C. B. R. en appel, Québec, 13 juin, 1859. LAFONTAINE, J.-en-C., AYLWIN, J., DUVAL, J., et MEREDITH, J., renversant le jugement de C. S., 9 *D. T. B. C.*, p. 305.) V. art. 798, 799 et 819, C. P. C.

the piano being in Defendants. Some time in February, 1862, Pradget left Montreal, and removed all his furniture in the house excepting the piano. On the 18th March, 1862, Defendants without notice to Plaintiff, and, having heard of the withdrawal of Pradget, sued out a Writ of Revendication to attach the piano as their property in the hands of Pradget; and being unable otherwise to enter the house, they procured the order of a Judge permitting the seizing Bailiff to break open the door in order to make the seizure, which was done, and the piano, was removed by Defendants, without the knowledge of Plaintiff. Within eight days afterwards, Plaintiff was made aware that Defendants had broken open the door of the house and removed the piano, and forthwith he sued out a Writ of *Saisie Gagerie par droit de suite*, attaching the piano in the hands of Defendants as the holders thereof for the purpose of bringing the piano back to the house. Plaintiff, in his declaration, set up the lease for £45 and assessments to Berwick, with prohibition to sublease: the possession by Berwick: the non payment of rent and the indebtedness of Berwick to the amount of £22 10s. for two quarters of rent ending the 1st May, 1862: that the rent of the said house was reasonably worth the said sum of £45, and the assessments: that among other articles of very trifling value with which Berwick had furnished the house as security for the rent, there was in the house a certain piano which was in fact the only security Plaintiff had for the payment of the rent, and was of the value of £30 and upward: that, on the 18th March 1862, within 8 days before the institution of the action of Plaintiff, Defendants, without the knowledge and consent of Plaintiff had broken into the house and unlawfully removed from it the piano, for the purpose of defrauding Plaintiff of his lien on the piano: that they had, by the said forcible entry into the premises, damaged the same to the amount of ten dollars. The conclusions of the declaration was in the following terms: " by reason of all which said premises and by law Plaintiff hath a right to bring suit and he doth hereby bring suit and prays that a writ of *saisie gagerie par droit de suite* may issue to seize and attach in the hands of Defendants the said piano which was in the said house so leased, and which had been by them removed from said house, and that, by the judgment of this Court it may be declared and adjudged that the piano so to be seized and attached under the Writ of *saisie gagerie* to issue is subject to a lien and privilege in favour of Plaintiff for all the rent due and to become due, to wit, the sum of £22 10s., under said lease and *tacite reconduction*, and thereupon the *saisie gagerie* or attachment of the piano may be declared good and valid;

and Defendants jointly and severally ordered and adjudged, within such delay as the Court may appoint, to replace and bring back, at their own costs and charges, to the house, leased as aforesaid to Berwick the piano to the end that the same may be forthcoming to answer as gage for the payment of the rent or sum of £22 10.; and that the piano may be sold, and, out of the proceeds, of the sale thereof, Plaintiff may be paid the sum of £22 10s.; and, in default of Defendants replacing and bringing back the piano to the said house, within such delay as the Court may order, that they may be jointly and severally adjudged and condemned to pay and satisfy to Plaintiff the sum of £22 10s. for said rent; and, further, that Defendants be adjudged and condemned, jointly and severally to pay and satisfy to Plaintiff the sum of $10, as and for damages." Defendants pleaded that William Pradget having taken possession of the piano, on or about the 7th December, 1861, they had sued out of the Circuit Court a Writ of *Saisie Revendication* against Pradget, as *détenteur* of the piano, that they had entered the house and had taken the piano by the hand of justice, which action was still pending; that they did not know Berwick, and that he had not, since the first May, 1861, occupied the house: that Berwick had never been in possession of the piano, and that Plaintiff had no right of pledge *droit de suite* upon the piano.

SMITH, J., said that the principle in law was undoubted that the lessor has a right of gage on furniture placed in the house though the furniture be the property of a third party. The only difficulty arose out of the facts. The action was brought against Laurent and Laforce alone. The action is defective in form. It is an action against the piano alone. It ought to have been against the tenant debtor also. In the case of *Aylwin* vs. *Gilloran*, (1) cited at the bar.

(1) L'article 161 de la Coutume de Paris est en ces termes: "Il est loisible "à un propriétaire d'aucune maison par lui baillée à titre de loyer, faire pro- "céder par voie de gagerie en la dite maison, pour les termes à lui dus pour "le louage, sur les biens étant en icelle." L'article 171 de la même coutume se lit comme suit: "Toutefois les propriétaires des maisons sises ès villes et "faubourgs, et fermes des champs, peuvent suivre les biens de leurs locatifs "ou fermiers exécutés, encore qu'ils soient transportés, pour être premiers "payés de leurs loyers ou maisons, iceux arrêter jusqu'à ce qu'ils soient vendus "et délivrés par autorité de justice." L'ordonnance du Gouverneur et du Conseil Législatif de 1787, 27 Geo. 3. ch. 4, qui restreint le droit d'émaner des saisies-arrêts, décrète, à la section 9, "que rien de ce qui est contenu ici. "ne s'entendra à préjudicier aux droits des propriétaires de biens fonds dans "le cours ordinaire de la loi, pour le recouvrement de rentes suivant aucune "ancienne forme de procéder, en conséquence de toutes lois, usages et cou- "tumes quelconques." Le statut du Bas-Canada de 1855, 3 Guil. 4, ch. 1 qui a été passé pour régler certains droits des locateurs et locataires décrète, à la s. 7, que "*rien de ce qui est contenu dans le présent n'empêchera aucun propriétaire ou locateur de recourir à la voie de saisie-gagerie, ou à toute autre que la loi permet maintenant.*" L'ordonnance du Conseil Spécial de 1839, 2 V.,

bar, the debtor was in the record. It is clear that the action is defective in form and must be dismissed, with costs.

"The Court, considering that Plaintiff hath failed to show any "right in law, by reason of any of the allegations of Plaintiff in "his declaration, to have or maintain the conclusions of his "action as brought, doth dismiss this action." (7 J., p. 49.)

TORRANCE and MORRIS, for Plaintiff.

S. RIVARD, for Defendant.

E. BARNARD, Counsel for Defendant.

DOT.—INTERET.

COUR DE CIRCUIT, Montréal 31 octobre, 1862.

Coram MONK, J. A.

GAUTHIER *vs.* DAGENAIS.

Jugé : 1o. Que la dot consistant en une somme d'argent est aliénable par la femme séparée de biens de son mari et de lui dûment autorisée à céder cette somme à un tiers,

2o. Que l'intérêt sur cette somme dotale ne court que du jour de la demande judiciaire. (1)

ch. 47, décrète, à la s. 2, que "le cent-soixante et unième article de la Coutume de Paris, et tous les privilèges et avantages que confère cet article aux "propriétaires ou locateurs de biens immeubles situés dans les limites des "dites cités ou villes, s'étendent et s'étendront, et appartiendront aux pro-"priétaires ou locateurs de tous biens immeubles, situés en aucun lieu en "dehors des dites limites, nonobstant toute loi, coutume ou usage à ce con-"traire." Le statut du Canada de 1853, 16 V. ch. 200, s. 9 décrète "que le "droit de suite sera et pourra être exercé au moyen d'un writ de saisie, arrêt "simple ou saisie-arrêt en mains tierces avant jugement, conformément à la "loi, contre les effets d'un locataire pour le montant en entier dû ou à échoir, "en vertu de tout bail par écrit ou convention verbale ; lequel dit montant, "sur preuve, sera adjugé au propriétaire ou locateur, et sera prélevé avec les "frais de paiement et d'exécution au moyen d'un writ d'exécution, sur et à "même la vente des dits effets, s'ils suffisent pour cet objet." Il a été jugé, sous ces dispositions de la loi, que, dans le cas d'un bail d'une maison de ville fait pour plusieurs années, avec droit au locataire d'y mettre fin chaque année, les effets mobiliers que le locataire transporte dans les lieux loués deviennent sujets au privilège du locateur pour le loyer d'un an, et qu'il peut les saisir par droit de suite, et que, dans une poursuite pour exercer le privilège du locateur, avec saisie-gagerie par droit de suite (vu l'enlèvement de tous les meubles garnissant les lieux loués) intentée dans le premier mois de l'année, lorsqu'il n'y a encore aucun terme de loyer échu, demandant que la saisie soit maintenue et que les effets soient vendus pour payer le loyer dû et à échoir, la saisie-gagerie sera maintenue, et il sera ordonné que les effets saisis et soumis au privilège du locateur soient vendus pour payer le locateur du montant du loyer de l'année et des frais du jugement (rendu après l'expiration de l'année) *Aylwin et al.*, Appelant, et *Gilloran*, Intimé, C. B. R., en appel, Québec, 10 octobre, 1854, LAFONTAINE, J.-en C., VANFELSON, J., MONDELET, J., et CARON, J., renversant le jugement de C. S. Québec, 25 octobre 1849, qui avait jugé que les Demandeurs n'avaient pas droit à la *saisie-gagerie par droit de suite*. (4 *R. J. R. Q.*, p. 192.)

(1) V. art. 1077 C. C.

Le Demandeur réclamait la somme de $75, balance de la dot que le Défendeur avait constitué à sa fille, Delphine Dagenais, par son contrat de mariage, avec François Leclaire, reçu le 13 avril, 1855 par-devant Houlé et son confrère Notaires: avec intérêt depuis l'échéance, *ex naturâ rei*, et laquelle somme avait été transportée au Demandeur, par acte de cession reçu le 12 mars, 1862, Houlé, N. P., par Delphine Dagenais, alors séparée de biens de son mari, mais par lui dûment autorisée à ce faire, moyennant la somme de $36. Le Défendeur plaida que cette dot n'était pas aliénable, et que la cession que sa fille en avait ainsi faite au Demandeur était nulle, et ne donnait aucun droit d'action au Demandeur, qui n'en pouvait être saisi en loi, et qu'il n'y avait en loi aucune action pour dot contre le père par l'enfant comme la dot était une obligation naturelle.

MONK J.: The action is for $95, being $75 for balance of a *dot*, and $20 for interest. The interest can be given only from the *demande*. This *dot* consists of a sum of money given by Defendant to his daughter. Delphine Dagenais, *enfant commun* from his mariage with Marie Louise Abraham dite Courville. The action is properly brought against Defendant: the marriage of Delphine Dagenais and François Leclaire is not formally alleged but it is proved *aliunde*. This dot is not an *obligation naturelle* in this case; being stipulated in and by a contract of marriage. It must therefore be enforced. The question whether the *dot* is *inaliénable* suffers no difficulty in the *Pays de droit écrit*. But, in this case, the wife having the absolute control of her property by the *séparation de biens* could transfer this sum of money with the authority of her husband, according to the principles of law followed in the *pays de droit coutumier* which we are bound to follow in this country. Judgment for Plaintiff. (7 J., p. 51.)

L. W. SICOTTE, avocat du Demandeur.

J. A. PERKINS, avocat du Défendeur

VENTE AU COMPTE.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 31 décembre, 1862.

Coram SMITH, J.

BOYER et al., *vs.* PRIEUR et al.

Jugé: Que les Défendeurs ayant acheté de la fleur, livrable aux magasins des Demandeurs, de temps à autre, à la demande des acheteurs, la vente est parfaite, quoiqu'il n'y ait pas tradition au moment du contrat, et que la fleur demeurée aux dits magasins est la propriété des acheteurs et à leurs risques et périls.

La déclaration alléguait que, le 24 mai, 1859, les Demandeurs avaient vendu une quantité de fleur, formant en totalité une somme de $347,50, sur laquelle les Défendeurs avaient payé $25; que les Défendeurs avaient requis les Demandeurs de demeurer dépositaires de la fleur pour quelques jours, après lesquels les Défendeurs devaient la prendre et faire expédier hors des magasins des Demandeurs, promettant aussi, les Défendeurs, payer le prix de la fleur sous quelques jours: que les Défendeurs, quoique souvent requis et mis en demeure de prendre la fleur, auraient toujours négligé de le faire; que, vers le 9 septembre, après plusieurs notifications faites aux Défendeurs, les Demandeurs vendirent la fleur, ainsi qu'il est d'usage en pareil cas, pour le compte et aux risques des Défendeurs, que la fleur ainsi vendue a produit $215,35, et qu'une balance de $107.15 est due aux Demandeurs.

Les Défendeurs plaidèrent que les Demandeurs ne pouvaient recouvrer: 1o. parce que la fleur prétendue vendue n'était pas un corps distinct d'autres quantités de même fleur parmi laquelle devait être prise celle vendue aux Défendeurs, qui ont acheté sur échantillon et sans même voir la fleur qu'on prétendait leur vendre; 2o. parce qu'il n'y a pas eu tradition, ni effective ni feinte de la fleur: 3o. parce qu'en supposant que les Demandeurs auraient un droit d'action, ce ne serait que pour inexécution de contrat: 4o. parce que les Demandeurs, en recevant $25, lors de la vente, avaient accepté cette somme comme une indemnité suffisante pour inexécution possible du contrat. Les Demandeurs prouvèrent, par leur commis, les faits allégués dans leur déclaration, et, de plus, que "dans le commerce de fleur, il se fait souvent des ventes de fleur livrable " à une époque ultérieure, sans que la fleur vendue se trouve, " au moment de la vente entre les mains des vendeurs. Quelles " que soient les variations du marché entre la vente et la " livraison, le prix de vente est toujours maintenu. Il arrive " aussi que, malgré que la fleur vendue soit, au moment de la

"vente, entre les mains du vendeur et à son magasin, la "livraison n'est stipulée que pour une époque ultérieure. "Dans l'un comme dans l'autre cas, c'est l'acheteur qui profite "ou souffre des variations du marché." Par un autre témoin, les Demandeurs établissent l'usage du commerce comme suit: "La fleur se vend sur échantillons, qui sont parfois envoyés par la poste et des ventes considérables se font ainsi sur l'examen d'échantillons et par correspondance, ce qui exclut la possibilité de la tradition. Du moment où le prix est convenu et la promesse réciproque de livrer et prendre respectivement est donnée, la vente est parfaite, et, de ce moment, les variations du marché sont aux pertes et profits de l'acheteur, quoique la marchandise reste en la possession du vendeur."

PER CURIAM: The question raised has long been settled, both here and in England. Actual delivery is not necessary to give full effect to a contract of sale of flour. The case of Gould and Binmore, has been decided in accordance with that principle. (1) Judgment for Plaintiffs. (7 J., p. 52.)

DOUTRE and DAOUST, pour les Demandeurs.

DRUMMOND and BÉLANGER, pour les Défendeurs.

COMPOSITION.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 31 octobre 1862.

Coram BADGLEY, J.

ROY et al., *vs.* TURCOTTE.

Jugé: Que dans l'espèce, le débiteur est déchargé du paiement de la somme remise, par suite de la rétention par son créancier de billets souscrits par des tiers, et qu'il leur avait remis en paiement, quoique l'un de ces billets ne soit pas encore tout payé, et que les deux autres ne l'aient été que longtemps après leur échéance.

Les Demandeurs poursuivirent le Défendeur, pour le recouvrement de la somme de $188.16, pour balance restée due et échue au 27 septembre, 1861, tant par compte courant que par billets. Le Défendeur opposa à cette action une exception, par laquelle il prétendait qu'ayant réglé de compte avec eux le 22 juin, 1860, il se trouvait ne leur devoir que $498.56,

(1) La vente de marchandises par l'entremise de courtiers doit être prouvée par la production des avis de vente et d'achat, et le vendeur qui, dans une action pour le prix de la vente, produit l'avis de vente du courtier, ne peut prouver l'achat par témoin, s'il n'a pas requis le Défendeur, acheteur, de produire l'avis d'achat. (C. S., Montréal, 30 décembre, 1861, SMITH J., Gould et al., vs. Binmore et al., 10 R. J. R. Q., p. 364.)

que, se trouvant alors dans un état de gène et de difficultés pécuniaires, il leur aurait proposé, ce qu'ils ont alors accepté, de leur payer cette somme au moyen de trois billets signés par des tiers, au montant de $301.51, et de plus en argent $72.40, faisant en tout $373.91, équivalant à 15s. dans le £, en par eux le déchargeant du surplus; qu'en conformité à cet arrangement, il avait payé aux Demandeurs la dite somme, et remis les trois billets en question, ainsi qu'ils l'ont reconnu par leur lettre du 13 juillet, 1860, qui est comme suit: "Nous "avons reçu votre lettre avec son contenu, et, à votre pro-"chain voyage en ville, nous règlerons cela." Les Demandeurs répondirent qu'ils n'ont jamais fait ni reconnu les conditions invoquées par le Défendeur; que, le 20 février, 1860, le Défendeur se prétendant alors dans un état de gêne et de difficultés pécuniaires, aurait proposé aux Demandeurs, qui étaient alors ses créanciers, comme ils le sont encore, du montant total réclamé du Défendeur, de ne leur payer que 15 chelins dans le louis, en par lui leur fournissant une hypothèque sur une propriété ou leur donnant une bonne caution, et ce sous le délai d'un mois à compter du 20 février, 1860; que le Défendeur, malgré cette proposition par lui ainsi faite, a toujours négligé de s'y conformer et de remplir aucun de ses engagements, et n'a jamais fourni aux Demandeurs ni hypothèques ni caution quelconque: que, le vingt-huit juin, 1860, les Demandeurs étant créanciers de toute la totalité de leur créance par eux réclamée du Défendeur, n'ont reçu les trois billets consentis par Barrette, Tellier dit Lafontaine et Boulet que comme sûreté collatérale et dont le produit ne serait placé à l'avoir du Défendeur qu'à fur et à mesure que tels billets seraient payés; que le billet de Tellier dit Lafontaine n'est pas encore payé en entier, et qu'il reste dû sur icelui une balance de vingt-sept dollars, avec tous les intérêts à calculer jusqu'au paiement, ainsi qu'il appert au dit billet produit avec les présentes; que, partant, le Défendeur n'a jamais exécuté la proposition par lui faite et ci-dessus expliquée, et ne s'y est jamais conformé, et est ainsi resté le débiteur des Demandeurs, qui ne lui ont jamais fait remise d'aucune partie de leur créance: par la preuve, il appert que la balance restée due sur le billet de Tellier est encore de $27.40, suivant la déposition du témoin Gélinas, et, par leur état de compte, les Demandeurs, dans leurs réponses sur faits et articles, prétendaient que le Défendeur leur redevait encore une balance de $37.42, comme suit, savoir: Montant de l'atermoiement, $373.92. Reçu le montant du billet de Barrette, $95.18. Reçu le montant du billet de Boulet, $67.00. Acompte de celui de Tellier, $45.00. Par argent du Défendeur, le 25 juin 1860, $89.32. Par argent du Défendeur, le 13 juillet 1860, $40.00. Total $336.50. Ba-

lance due, $37.42. L'un des Demandeurs, Dufort, dans sa déposition, admit qu'il lui avait été donné par le Défendeur, en février, 1860, un bonus de $20 pour des intérêts. Le témoin Gélinas dépose que les trois billets en question n'ont été reçus par les Demandeurs que comme sûreté collatérale, et que ceux de ces billets qui ont été payés, ne l'ont été que longtemps après leur échéance; et que l'arrangement proposé par le Défendeur, en février, 1860, n'avait pas eu de suite, vu que le Défendeur ne s'y était pas conformé, et que ce n'était qu'en juillet suivant que le Défendeur avait transmis les trois billets en question dont il avait garanti le paiement. Le Défendeur n'examina aucun témoin. A l'audition, les Demandeurs citèrent à l'appui de leurs prétentions les autorités suivantes: 1o. Le principe général est que le débiteur ne doit pas profiter de la remise du créancier, s'il n'a pas payé dans les délais stipulés. *Vide Atkinson* vs. *Nesbitt*, (1) et *Beaudry* vs. *Bareille*. (2) 2o. Le même principe est consacré dans la cause de *Boudreau* vs. *Damour* (3); car l'exception qui

(1) Une quittance donnée par un créancier à son débiteur, à la condition que, dans un délai [illegible], il lui paye une partie déterminée de sa créance, est sans effet, si dans ce délai, le débiteur ne paie pas le montant convenu, et dans ce cas, le créancier peut poursuivre pour tout le montant de sa créance originaire, sans être obligé de demander, par sa déclaration, la nullité de cette quittance et le débiteur ne peut se libérer de la créance originaire en offrant et consignant ce qu'il n'a pas payé au temps convenu. (*Atkinson* vs. *Nesbitt*, C. B. R. Québec, 31 mars 1845, 1 *R. J. R. Q.*, p. 469.)

(2) Une quittance par laquelle un créancier en considération d'une composition à tant dans la piastre payable à des époques déterminées, convient de décharger son débiteur de sa dette dans le cas où la composition serait payée au temps convenu, pourvu cependant que, si la composition n'est pas payée au temps convenu, le créancier pourra faire valoir sa créance originaire, est nulle si, au temps spécifié, la composition n'est pas payée; et, dans ce cas, sur une action basée sur la créance originaire, le Défendeur ne peut se libérer en offrant et consignant le montant de la composition (*Beaudry et al.*, vs. *Bareille*, C. B. R. Montréal, janvier 1845, 1 *R. J. R. Q.*, p. 447.) Dans cette cause, les Demandeurs, par leur déclaration, demandaient la nullité de cette quittance, comme cela est constaté dans le rapport de la cause de *Atkinson* vs. *Nesbitt*, 1 *R. J. R. Q.*, p. 469. V. art. 1083, C. C.

(3) Un transport par lequel un débiteur cède, avec garantie de fournir et faire valoir, à deux de ses créanciers, conjointement, un montant égal à leur créance respective à prendre sur diverses créances cédées, pour par le cédant demeurer quitte envers les cessionnaires de pareille somme qu'il leur doit, avec plus forte somme, par billet et compte courant à condition que les cessionnaires seront tenus, dans le cas, et non autrement, où les sommes cédées leur seraient régulièrement payées à leur échéance respective, de donner une quittance générale et finale au cédant du montant entier de leurs créances respectives, mais que, dans le cas contraire, où les créances cédées ne leur seraient pas régulièrement payées aux termes mentionnés, les cessionnaires auront alors le droit d'exiger du cédant le montant entier de leurs créances respectives, n'opère par novation; et, dans le cas où les créances cédées ne sont pas payées à leur échéance, les créanciers peuvent recouvrer de leur débiteur originaire le montant de leur première créance respective, sans avoir recours à l'action ou déchéance qui n'est pas nécessaire dans les matières commerciales. Le délai que l'un des cessionnaires donne à l'un des débiteurs des créances cédées lie l'autre cession-

y est reconnue prouve la règle, savoir : cette exception consiste en ce que les créanciers avaient donné délai aux faiseurs des billets. 3o. Il a été jugé que, dans le cas même où le créancier s'est dénanti de ses titres de créance, cette remise de créance seule n'étant pas une *preuve* de *l'intention* du créancier de décharger son débiteur *absolument*, il peut poursuivre son débiteur pour la remise qu'il lui avait faite. *Brown et al.*, vs. *Hartigan* (1) ; 13 Guyot, Vo. *peine contractuelle.* 4o. La novation ne se présumant pas, il résulte que des billets donnés par le débiteur n'opèrent aucune novation s'ils ne sont pas payés à *leur échéance*, car ils sont *subordonnés à la condition de l'encaissement*, et ne sont considérés que comme "*collateral security.*" *Vide* Poth. Oblig., No. 594 : Troplong, Privilèges et hypothèques, No. 199. 5o. It has been invariably held that the taking of a promissory note, &c., is considered to be received subject to the condition of payment, *subordonné à la condition de l'encaissement. Vide Macfarlane* vs. *Patton.* (2)

Badgley, J.: This is an action by the late firm of Roy and Dufort, for $188.16, for balance of account to the 27th September, 1861. Defendant sets up a composition agreed upon by them under the following circumstances: In June, 1860, his balance was $498.56, he offered to settle by three notes and a sum of money amounting altogether to $373.90, equal to 15s. in the £, Defendant produces a rough statement shew-

naire, les deux cessionnaires étant, par l'effet légal du transport, garants l'un envers l'autre pour leurs actes dans le recouvrement des créances à eux ainsi transportées conjointement. Les cessionnaires ne doivent rien faire pour retarder le recouvrement des créances cédées, et s'ils donnent délai aux débiteurs cédés, ce délai aura l'effet de les empêcher de recouvrer pour autant de leur premier débiteur le montant de leur créance originaire. (*Boudreau et al.*, vs. *Damour*, C. S. Montréal, 28 février 1859. Smith, J., 7 *R. J. R. Q.*, p. 266.)

(1) Dans le cas d'une composition par laquelle les créanciers d'un débiteur insolvable conviennent d'accepter de lui, en règlement de leurs créances respectives, cinquante centins dans la piastre payables à six et douze mois, et de donner une quittance finale sur paiement du montant de la composition, si le débiteur paie le premier installement, mais ne paie pas le dernier, un créancier partie à cette composition pourra recouvrer de lui le montant de sa créance originaire moins l'installement fait, quoique ce créancier ait remis au débiteur avant l'échéance du premier installement les titres de sa créance originaire ; cette remise de titres n'étant pas suffisante seule pour faire présumer une remise de la créance originaire, qui, par l'acte de composition ne doit être éteinte que par le paiement du total de la composition. (*Brown et al.*, vs. *Hartigan*, C. S. Montréal, 31 décembre 1860, Smith, J., 9 *R. J. R. Q.*, p. 9) V. art. 1169 et 1181 C. C.

(2) Une obligation notariée, avec hypothèque, consentie pour partie du prix d'effets de commerce vendus et livrés au débiteur, mais sans mention de la cause de la dette, n'opère pas novation, et le créancier peut poursuivre sur la créance originaire pour prix de vente d'effets de commerce. (*Macfarlane* vs. *Patton*, C. S. Montréal, 16 avril 1851, Day, Vanfelson et Mondelet, juges, 3 *R. J. R. Q.*, p. 6.) V. art. 1169 et 1171 C. C.

ing these figures. On the 28th June, 1860, he pays them in cash $89.32, as *per* their receipts, and receives back from them the three notes referred to, to return them altered according to their wishes, to meet the conditions agreed between them. Defendant's letter enclosing the notes is dated the 12th July, 1860, and is as follows: J'ai fait mon possible pour avoir ces trois billets à courte échéance...... mais à leur échéance je vous garantis qu'ils seront payés en plein...... Si vous n'acceptez pas ces billets, ayez la bonté de me les renvoyer par la malle, et si vous les prenez, comme je l'espère, ayez la bonté de m'envoyer un reçu de tout compte, pour argent et billets jusqu'à ce jour. On the 13th July, 1860, Plaintiffs acknowledged his letter as follows: "Nous avons reçu votre lettre " avec son contenu, et à votre prochain voyage en ville nous " règlerons cela." And they retained the notes. The amount of these notes with the cash paid in June amount to $323.68, to which adding, says Defendant, $50 paid by Melançon to Plaintiffs on his behalf, would make up within a few cents the said sum of $373.90, being the amount of the composition stated in the rough statement. The account produced by Plaintiffs shews the payment in June of $89.32 and, on the 13th July, $40 instead of $50. Dufort's answers on *faits et articles* shew this statement, making up the $373.90. The deposition of Dufort, one of Plaintiffs, admits that $20 was paid for which no credit was given. This sum more than completes the amount which Defendant was to pay and which Plaintiffs agreed to receive from him in full. After the payments of these sums and the receipts of the notes, forming together the actual amount of $373, which they agreed to take from him, being 15s. in the £, in full, they turn upon him and claim the balance. This is not a question of law; it is one of fact and of justice, and both justice and equity are in favour of Defendant's good faith. He requested them to return the notes of his friends if they were not satisfactory, they never intimated to him that they had gone back from their agreement, or only received the notes and cash on account, but left him in the belief that they would act by him with the same good faith that he had perfected his agreement. Looking with care as a commercial jury would do, I think the rights are with Defendant, and the action is dismissed, with costs. (7 J., p. 53.)

LAFRENAYE and ARMSTRONG, Attorneys for Plaintiffs.

DORION, DORION and SÉNÉCAL, Attorneys for Defendant.

ELECTION MUNICIPALE.—QUO WARRANTO.

COUR SUPÉRIEURE, Arthabaska, 20 mars 1863.

Coram STUART, J.

BÉLIVEAU, Requérant un bref de *quo warranto*, *vs.* JUNEAU, Défendeur.

Jugé : Qu'il suffit pour réponse à une requête libellée, reprochant à une personne d'occuper et de remplir illégalement et sans droit les devoirs de conseiller municipal, de produire son mandat; sur le renvoi de la défense en droit, en juin 1862.

Jugé : Qu'il ne suffit pas à une personne accusée d'occuper et de remplir illégalement et sans droit les devoirs de conseiller municipal de produire son mandat, mais elle est obligée de prouver que l'élection, en vertu de laquelle elle a été élue à telle charge, a été faite suivant la loi. (1)

Le Requérant qui est cultivateur, demeurant dans la paroisse de St Norbert d'Arthabaska, s'était adressé à l'honorable juge STUART, à Québec, et lui exposait, par sa requête libellée, du 1er mai 1862, ce qui suit : " Votre pétitionnaire est maintenant et a été, depuis plus de deux années, voteur et electeur, qualifié à voter, pour les charges de conseillers municipaux pour la municipalité de la paroisse de St Norbert d'Arthabaska, et il y a, et avait payé toutes taxes locales, par lui dues, lors de la dernière élection, tant celles imposées pour les fins municipales que pour les frais d'éducation ; que Pierre Juneau, de la paroisse de St Norbert d'Arthabaska, cultivateur, a usurpé et usurpe et s'est emparé illégalement de la charge de conseiller *local* de la municipalité *locale* de la paroisse de St Norbert d'Arthabaska, et qu'il s'intitule comme tel, conseiller, et, sous ce titre, exerce les droits et privilèges appartenant à un conseiller *local* de la dite municipalité ; que le dit Juneau, après avoir prêté le serment de conseiller de la dite municipalité, s'est emparé de la charge, et a usurpé, et a pris part aux délibérations du conseil et a participé à la passation des règlements et résolutions adoptées par le conseil, lors de ses réunions tenues, depuis le 13 janvier dernier jusqu'à ce jour, et il continue à usurper et remplir illégalement, la charge de conseiller, qu'il usurpe injustement : que, par suite de ce que dessus, Juneau usurpe et s'empare illégalement et sans droit quelconque de la charge de conseiller municipal pour la dite municipalité *locale*, et qu'il n'a jamais eu aucun droit à la dite charge, ni au titre de conseiller municipal qu'il a usurpé ; pourquoi, votre requérant demande qu'il émane un bref, commandant au dit Pierre Juneau, d'être et de comparaître, le

(1) V. art. 1016, 1018 et 1019.

dixième jour de mai courant, devant un des honorables juges de la Cour Supérieure pour le Bas-Canada, siégeant à Arthabaskaville, dans la paroisse de St Christophe, au palais de justice, en la chambre des juges, pour répondre à la présente requête libellée et démontrer et prouver l'autorité en vertu de laquelle il s'est permis d'occuper et exercer la charge et franchise de conseiller local de la dite municipalité, et qu'il plaise à l'un de vos honneurs de déclarer qu'il n'a aucun droit d'exercer la dite charge, et que, par le jugement à intervenir, il soit déclaré coupable d'avoir usurpé, et de s'être emparé illégalement de la dite charge, et qu'il soit exclu et dépossédé de la dite charge.

A cette requête le Défendeur opposa les défenses suivantes : " 1° Que le Défendeur réside, depuis plusieurs années, dans les limites de la municipalité de la paroisse de St Norbert d'Arthabaska, et qu'il y demeure encore : qu'il y possède, depuis plusieurs années, jusqu'à ce jour, comme propriétaire, en son propre nom, un bien fonds, tenu en franc et commun soccage, dans les limites de la municipalité, de la valeur de quatre cent piastres ; qu'il est âgé de vingt-et-un ans accomplis, sujet de Sa Majesté par naissance ; enfin, bien et dûment qualifié, d'après la loi, à être choisi par les habitants de la municipalité et à être élu conseiller municipal, et que le Défendeur est ainsi qualifié à être élu conseiller municipal, depuis plusieurs années et qu'il l'est encore. 2° Que le Défendeur a été notifié par Charles Adrien Pacaud, président de l'élection, qui a eu lieu le 13 janvier, pour l'élection de sept conseillers municipaux, pour la municipalité de la paroisse, qu'il avait été dûment élu, le dit jour, conseiller municipal pour la dite municipalité, ainsi qu'il appert au dit avis ici produit, et que Pacaud était bien et dûment autorisé à présider la dite élection. 3° Que le Défendeur n'était pas exempté par la loi d'accepter cette charge et d'en remplir les devoirs, mais qu'il a été obligé d'en remplir les devoirs depuis le 13 janvier dernier, pour ne pas encourir et payer la pénalité de vingt piastres mentionnée dans l'acte municipal du Bas-Canada de 1860, et que la dite élection municipale n'a pas été déclarée nulle et illégale par la Cour de Circuit, dans et pour le district d'Arthabaska, quoique depuis le dit mois de janvier dernier, il a été tenu un terme de la dite cour, savoir : depuis le sept au douze de mars dernier, et qu'aucun des intéressés, à la dite élection municipale, ne s'en soit plaint à la dite cour." Le Requérant demanda le débouté de cette défense par une réponse en droit, basée sur les raisons de droit suivantes : "1o. Parce que le Défendeur n'allègue pas, dans son plaidoyer, qu'il a été élu conseiller municipal, à une assemblée publique d'habitants habiles à voter, et qu'il se borne à dire qu'il a été notifié, par Pacaud, qu'il avait été dûment élu,

ce qui ne lui donne aucun droit à la charge. 2o. Parce qu'il ne dit pas qu'avis public d'une assemblée quelconque ait été donné, par le maire, ou, à son défaut, par le secrétaire-trésorier, ou que, sans avis, une assemblée publique ait eu lieu pour l'élection de conseillers. "3o. Parce qu'il ne dit pas non plus, qu'il ait été nommé conseiller, par le gouverneur ni par aucun conseil quelconque, en remplacement d'un autre conseiller. "4o. Parce qu'il ne dit pas, qu'il ait été choisi d'une manière ou d'une autre, comme conseiller par les habitants de la municipalité locale de la paroisse. "5o. Parce qu'il ne dit pas, s'il a été élu à l'unanimité ou à la pluralité de voix par les électeurs habiles à voter. "6o. Parce qu'il ne dit pas s'il y a eu plus de sept candidats à son élection, et si elle a été contestée par plus de trois électeurs habiles à voter. "7o. Parce qu'il ne dit pas, qu'il ait été déclaré ou proclamé dûment élu conseiller dans un temps ou dans un autre. "8o. Parce que le Défendeur ne dit pas, qu'il avait prêté le serment d'office comme conseiller d'une municipalité quelconque, et se contente d'admettre qu'il a agi comme tel, d'après l'avis que lui a donné Charles Adrien Pacaud. "9o. Parce que l'avis donné par Charles Adrien Pacaud n'est pas une raison suffisante pour faire agir une personne comme conseiller. "10. Parce que le plaidoyer du Défendeur n'est pas une réponse légale à la requête du Requérant. "11o. Parce qu'il ne dit pas non plus de qui Charles Adrien Pacaud, qui lui a donné l'avis tenait son autorité." Cette défense en droit fut déboutée avec dépens.

Per Curiam : Le Défendeur n'est pas obligé, dans sa défense, d'aller au-delà de la demande du Requérant : il désire savoir en vertu de quelle autorité le Défendeur agit : ce dernier la lui a indiquée, il doit être satisfait. Il n'a pas le droit d'exiger du Défendeur plus qu'il ne demande par sa requête libellée.

Les parties procédèrent à la preuve : le Requérant prouva qu'il était électeur : le Défendeur prouva qu'il était qualifié à être élu conseiller : que le président de l'assemblée lui avait notifié qu'il avait été bien et dûment élu, et que le rapport de cette élection avait été fait au secrétaire-trésorier du conseil du comté.

Per Curiam : Le Défendeur a prouvé qu'il avait été élu, et que, lors de l'élection, il était qualifié à être élu, mais il a omis de prouver que l'élection avait été faite suivant la loi. *L'onus probandi* pesait sur lui et non pas sur le Requérant. Un conseiller ne doit pas s'immiscer dans l'exercice de sa charge, sans avoir, au préalable, acquis la certitude que son élection avait été faite suivant la loi, et que toutes les formalités voulues par la loi aient été bien et dûment observées. Le Défendeur

a agi de bonne foi. Il ne peut être condamné à payer l'amende, mais il doit payer les frais.

"Considering that Plaintiff hath sufficiently proved the allegations of his petition: that Pierre Juneau hath wholly failed to show that he was legally possessed of the office of Councillor of the Municipality of the Parish of St. Norbert d'Arthabaska in the manner by him alleged. The Cour[illegible] dispossess, put out, and remove Pierre Juneau from the [illegible] of Councillor of the municipality of the Parish of St. Norbert d'Arthabaska, and the Court doth adjuge and condemn Pierre Juneau to pay costs." (7 J., p. 63.)

L. G. HOULE, Proc. Requérant.
G. LECLÈRE and G. TALBOT, Conseils.
E. L. PACAUD, Proc. Défendeur.
WM. DUVAL, Conseil.

COMPETENCE D'UN JUGE DE LA COUR SUPERIEURE.

COUR SUPÉRIEURE, DISTRICT D'ARTHABASKA.
Arthabaska, 14 mai, 1862.

Coram STUART, J.

TALBOT, Requérant un Bref de *Quo warranto*, *vs.* JU[illegible], fils Défendeur.

Jugé: Qu'un juge de la Cour Supérieure pour le Bas-Canada peut agir, comme juge, simultanément pour tous les Districts du Bas-Canada. (1)

Le Requérant, avait présenté (accompagnée d'affidavits) une requête libellée, datée "Arthabaskaville, 1er mai, 1862," pour obtenir l'émanation d'un Bref de *Quo warranto* contre le Défendeur, qu'il accusait d'occuper illégalement la charge de conseiller de la municipalité de la paroisse d'Arthabaska. La requête était adressée comme suit: "District d'Arthabaska, Cour Supérieure, en vacance. A aucun des Honorables Juges de la Cour Supérieure pour le Bas-Canada, siégeant à Saint-Christophe d'Arthabaska, dans et pour le District d'Arthabaska et ayant juridiction pour le dit District." Le juge ordonna l'émanation du bref de *Quo warranto* le 2 mai 1862. A cette requête le Défendeur plaida une exception à la forme: 1° que le bref a été émané illégalement, irrégulièrement et sans aucun ordre de cette Cour ni d'un juge d'icelle: 2° qu'il n'appert point par le bref de Sommation que le Bref ait été émané sur l'ordre de cette Cour, ou d'un juge d'icelle, dans et pour le District d'Arthabaska; 3° parce que l'ordre de l'Hon.

(1) V. art. 1017 C. P. C.

Andrew Stuart, ordonnant l'émanation du Bref, et qui se trouve au bas de la Requête, a été fait et signé par le dit Juge en la Cité de Québec, en dehors des limites du District d'Arthabaska, et que le dit Honorable Andrew Stuart n'avait pas là et alors le droit d'instrumenter comme juge de la Cour Supérieure pour le Bas-Canada, pour le District d Arthabaska ; étant là et alors en dehors de la juridiction de la Cour pour le District d'Arthabaska. Le Requérant fit l'admission par écrit, que de fait l'ordre du juge avait été donné à Québec.

PER CURIAM : Les Juges de la Cour Supérieure ont une juridiction sur tous les Districts du Bas-Canada, et peuvent simultanément en remplir tous les devoirs, autorité et juridiction, quoiqu'en dehors des limites du District pour lequel ils exercent leur autorité, et étant à Québec, un juge de la Cour Supérieure peut faire des actes judiciaires pour Montréal ou Gaspé comme si là et alors il était dans une de ces deux places. Exception à la forme déboutée, sans dépens. (7 *J.*, p. 66.)

CHARLES LECLÈRE, Ecuier, Proc. du Requérant.
G. TALBOT et L. G. HOULE, Conseils.
WILLIAM DUVAL, Ecuier, Proc. du Défendeur.
E. L. PACAUD, Conseil.

QUO WARRANTO.

COUR SUPÉRIEURE, Arthabaska, 20 mai 1863.

Coram STUART, J.

TALBOT, Requérant un bref de *Quo-warranto*, *vs.* PACAUD, Défendeur.

Jugé ; Que le Maire auquel on conteste le droit d'agir comme Maire, ne doit pas prouver seulement qu'il a été élu Maire et qu'il est encore Maire bien et duement élu, qu'il n'a pas été remplacé, qu'un autre Maire n'a pas été nommé à sa place, mais il doit prouver en outre que son élection comme conseillier a été faite suivant la loi. (1)

Le Requérant, qui réside dans la paroisse de Saint-Norbert d'Arthabaska, avait présenté une Requête libellée, à l'Honorable Juge Stuart, à Québec, pour obtenir de la Cour Supérieure de ce District, l'émanation d'un bref de *quo-warranto*, pour obliger le Défendeur à comparaître le dix mai 1862, devant un des Juges de la Cour Supérieure du Bas-Canada, siégeant à Arthabaska, en la paroisse de Saint-Norbert d'Arthabaska, dans le palais de justice, en la chambre des juges,

(1) V. art. 1016, 1018 et 1019 C. P. C.

pour répondre à la requête libellée, et montrer et prouver l'autorité en vertu de laquelle il s'est permis d'occuper et d'exercer la charge de Maire de la municipalité locale de la paroisse de Saint-Norbert d'Arthabaska ; et qu'il plaise à l'un des Juges de déclarer que Charles-Adrien Pacaud n'a aucun droit d'exercer la dite charge de Maire, et qu'il soit déclaré coupable d'avoir usurpé et de s'être emparé illégalement de la dite charge, et qu'il soit exclu et dépossédé de la dite charge : le tout avec dépens. Le Défendeur répondit par une exception à la forme, prétendant que le Juge n'avait pas le droit d'ordonner l'émanation du bref de *quo-warranto*, de la Cour Supérieure du district d'Arthabaska, lorsqu'il était là et alors à Québec, dans un autre district ; cette exception à la forme fut déboutée, mais sans dépens. Le Défendeur plaida ensuite : 1° qu'il sait lire et écrire ; qu'il réside depuis plusieurs années dans les limites de la municipalité de la paroisse de Saint-Norbert d'Arthabaska, qu'il y demeure encore, qu'il y possède, depuis plusieurs années, jusqu'à ce jour, comme propriétaire en son propre nom, des biens-fonds, tenus en franc et commun soccage, dans les limites de la municipalité, de la valeur de quatre cents piastres et au-delà ; qu'il est âgé de vingt et un ans accomplis, sujet de sa Majesté par naissance, enfin, bien qualifié d'après la loi, qu'il a été choisi parmi les habitants de la municipalité, qu'il a été élu conseiller municipal de la municipalité ; 2° que, le vingt janvier 1862, les conseillers du dit conseil municipal, étant alors en session, ont fait choix du Défendeur comme Maire de la municipalité, ainsi qu'il appert par les actes, résolution et élection du dit conseil ici produits comme faisant partie des présentes ; que le Défendeur, qui était Maire de la municipalité locale sans interruption depuis plusieurs années, n'a pas été remplacé par un autre Maire, et qu'il n'y a pas d'autre Maire pour la municipalité que lui, le Défendeur et que le choix qui a été fait du Défendeur comme maire, le vingt janvier dernier, n'a pas été déclaré nul et illégal par la Cour de Circuit pour le district d'Arthabaska, quoique, depuis ce mois de janvier dernier, il ait été tenu un terme de la dite Cour, savoir, depuis le sept au douze mars dernier : qu'aucun des intéressés à la dite élection ou au choix du Maire, ne se soit plaint à la Cour. A cette défense, le Requérant répondit par une réponse en droit, que la défense du Défendeur devait être rejetée en droit, parce qu'il n'a pas allégué, par le second chef, que Pacaud ait jamais été élu conseiller, et qu'il ne pouvait être Maire, sans avoir été préalablement élu conseiller, ni qu'il ait été nommé par le gouverneur en conseil, par proclamation de Son Excellence le Gouverneur-Général. Par jugement rendu en juin dernier, cette défense en droit du Requérant fut déboutée, avec dépens. A l'Enquête, il fut

prouvé que Pacaud avait été élu Maire, le 28 janvier 1858, le 16 janvier 1862, et le 21 janvier 1862, et qu'il n'y avait pas eu d'autre maire que lui, pour la municipalité de la paroisse de Saint-Norbert d'Arthabaska, depuis le 28 janvier 1858, au mois de mai 1862. Le Défendeur prétendit qu'il était légalement le Maire de la paroisse de Saint-Norbert d'Arthabaska, et appuya ses prétentions sur les statuts refondus du Bas-Canada, chapitre 24, sect. 13, § 3, qui statue que le Maire demeurera en charge pendant tout le temps qu'il sera membre du conseil, et *ultérieurement*, jusqu'à ce que son successeur soit élu ou nommé et *dûment* entré en charge."

PER CURIAM : Le Défendeur Pacaud, a prouvé qu'il avait été Maire de la municipalité de la paroisse de St. Norbert d'Arthabaska, depuis 1858, à ce jour : s'il n'avait pas produit la preuve de son élection du 21 janvier, 1862, il devait demeurer en charge jusqu'à ce qu'il eût été remplacé. Mais, ayant prouvé avoir été élu, le 21 janvier, 1862, il a omis de prouver qu'il avait été élu conseiller, cette omission est fatale, le Requérant doit avoir jugement, avec dépens, contre le Défendeur, et. vu que ce dernier a agi de bonne foi, il ne doit pas être condamné à l'amende. (1) L'*onus probandi* de l'élection, qui a eu lieu en janvier, 1862, retombait sur le Défendeur et non pas sur le Requérant.

JUGEMENT : Considering that Plaintiff hath sufficiently proved the allegations of his petition, that C. A. Pacaud, hath wholly failed to show that he was legally possessed of the office of Mayor of the municipality of the parish of St. Norbert d'Arthabaska, in the manner by him adopted, the Court doth dispossess, put out and remove Pacaud, from the said office of mayor. (7 J., p. 67.)

G. TALBOT, procureur du Requérant
L. G. HOULE. et CHS. LECLÈRE, Conseils.
E. L. PACAUD, Procureur du Défendeur.
WM. DUVAL, Conseil.

PROCEDURE.—PLEAS.—CAPIAS.—JURISDICTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 1st December, 1862.

Coram MONK, J.

BRISSON *vs.* MCQUEEN.

Held : 1st. that when the Defendant in an action of *capias ad respondendum* has failed to appear, and default has been entered against him, owing to an accident whereby instructions for the defence of said action were not communicated to Defendant's Attorney until after said

(1) V. art. 1019 C. P. C.

default, the said default will be taken off and Defendant allowed to plead, on motion supported by affidavit showing the facts and that the Defendant has a good defence and on payment by Defendant of fifty shillings costs. (1)

2. That a writ of *capias ad respondendum* will be quashed on motion, if the place where the debt was contracted is not mentioned in the affidavit. (2)

3. That where a party has pleaded to the merits in an action of *capias ad respondendum*, and has also moved to quash the *capias*, he will be considered to have submitted to the jurisdiction of the Court, and a motion subsequently made by him to set aside and reject the writ and declaration in the cause on the ground of want of jurisdiction, will be rejected with costs.

In an action of *capias ad respondendum*, default had been recorded, and Plaintiff had proceeded with his evidence, when Defendant, on the 17 Nov. 1862, presented to the Court a motion to the effect that he had a good defence to the action, and, by accident, the instructions for its defence were not communicated to Defendant's Attorney, until after default had been recorded, and prayed that the default be taken off and that he be allowed to appear by Attorney. This motion was supported by the following affidavit: "Alexander T. Paterson of the city and district of Montreal, merchant, being duly sworn, maketh oath, and saith that he is one of the Partners composing the firm of Gillespie, Moffatt and Company, merchants of Montreal; that Gillespie, Moffatt and Company, were the Consignees, at Montreal, of the ship, called the "Hastings" of London, in England, of which Defendant was master or commander, in the month of September last: that, on, or about, the seventh day of October, now last past, the said ship sailed from Quebec, for England, and Gillespie, Moffatt and Company were informed, by the consignees of said ship at Quebec, Gillespie, Crawford and Company, of Quebec, merchants, that James McQueen, Defendant, had been arrested, at Quebec, at the suit of François Brisson, Plaintiff, for an alleged debt, which he pretended was due and owing to him, by McQueen, and Gillespie, Crawford and Company requested Gillespie, Moffatt and Company to endeavour to effect an arrangement with Brisson, in order to avoid litigation: and stated that they had consulted a lawyer in Quebec, with reference to the matter: that Gillespie, Moffat and Company endeavoured so to effect an arrangement, but unsuccessfully; as the said François Brisson demanded more than they were authorized to allow him; that this Deponent and Gillespie, Moffatt and Company, were under the impression and belief, that the consignees, at Quebec, had instructed some Attorney, or

(1) V. art. 87 C. P. C.

(2) V. art. 798 C. P. C.

Counsel, in Quebec, to appear in and defend the suit or action, and that, being under such an impression, Gillespie, Moffat and Company did not, in sufficient time, instruct any Attorney, or counsel, in Montreal, to appear in, and defend said action; that it was only on or about the thirty-first day of October now last past that Gillespie, Moffatt, and Company were informed and ascertained that default had been entered against Defendant: that they immediately instructed their attorney, George Macrae, to appear in, and defend said action, on behalf of McQueen, who has, as deponent is credibly informed, and verily believes, a good and valid defence to urge to the *demande* of Brisson: and that it was altogether owing to accident and misapprehension, on the part of Gillespie, Moffat and Company, that instructions were not sooner communicated to their attorney, regarding the action, so as to enable him, within the proper time, to fyle an appearance on behalf of McQueen." On the 20th November, 1862, Mr Justice MONK gave judgment granting said motion, allowing Defendant to appear in the cause by his attorney, Macrae, upon the payment by Defendant of the sum of fifty shillings currency, costs, to Plaintiff, and ordering Defendant to plead to the action within three days. On the 24th November, 1862, being within the delay limited by the court, Defendant pleaded to the merits under protest (" hereby protesting that the present action is not susceptible of the jurisdiction of this court or entitled to the privileges thereof; and that, moreover, this honorable court does not appear, either by the writ or declaration, to be properly seized with this cause, nor to have jurisdiction in this matter.") On the same day Defendant's attorney presented a motion to quash and set aside the writ of *capias ad respondendum*, " and that McQueen be declared to have been wrongfully and illegally arrested and held to bail, under and by virtue of said writ and that he be released and discharged from under the said writ for the following reasons:" 1st " Because, in the affidavit upon which the said writ was issu-" ed, it is not mentioned where the domicile of McQueen is, or " was at the time of the making of said affidavit, nor in what " district he was, there being nothing in said affidavit, to indi-" cate that this court had, or has any jurisdiction, in this matter, " or that the Prothonotary of this court had any right or " authority, to issue or grant the writ for the arrest of " McQueen. 2nd. Because in the affidavit, it is not stated where " the alleged debt was contracted, nor where the work therein " alleged to have been done by Plaintiff, was done, or per-" formed, nor that the same was done and performed at the " special instance or request of McQueen; nor is it stated, " or specified, in detail, in said affidavit what such work was,

" or when or how performed. 3d. Because in said affidavit, the " grounds upon which said affidavit was made by Brisson, the " Plaintiff, are not specially set forth, as required by law, nor " is it stated or specified, what information Brisson received " from the three persons, therein mentioned (to wit, Pierre " Cavalier, François Mondor and Joseph Bilodeau), nor is there " anything, in said affidavit to shew that the infirmation " received by Brisson was sufficient to justify or warrant his " making said affidavit or obtaining said writ of *capias*. " 4th. Because it is not stated, in said affidavit, that the depar- " ture of Defendant, from the province of Canada " would ' deprive Plaintiff of his remedy against Defendant." 7th. " Because in the said writ of *capias*, no mention is made of the " domicile of McQueen, nor does it appear therein where his " domicile is or was at the time the writ issued, nor that he " was, or had ever been within the jurisdiction of this court. " 8th. Because it does nor appear, in or by the writ, that this " court had or has jurisdiction in this matter, nor that the " prothonotary had a right, or was justified in issuing the writ, " or in adressing the same to the sheriff of the district of " Quebec, as he did. 9th. Because the sheriff of the district of " Quebec who arrested McQueen, under the pretended autho- " rity of said writ, was not autorised or justified, by law, in " so arresting McQueen, at Quebec, under said writ."

On the 27th November, 1862, Mr. Justice Monk gave judgment granting the motion and quashed and set aside the writ of *capias*, and ordered that McQueen be released and discharged from under said writ, with costs against Plaintiff. Immediately after the above judgment was rendered quashing the *capias*, and, on the same day, Defendant's attorney presented the following motion " Motion, on behalf of McQueen, inasmuch as there is nothing, either in the writ of summons (or process.) or in Plaintiff's declaration, (the writ of *capias ad respondendum*, in this cause issued, being quashed and set aside,) or, in fact, upon the face of the record of proceedings, to indicate or shew that this court is properly, seized of the present cause, or has jurisdiction, in this matter, or that the present action is one, which has, properly arisen in, or comes within or under the jurisdiction of this court. And moreover, inasmuch as no service of Plaintiff's declaration, has ever been made, upon McQueen, and no return whatever of any proper service of said declaration, upon McQueen is fyled, or appears of record, that the writ of ummons and the declaration be declared and held to be null : and that the parties be declared not to be properly before this honorable court, and be hence dismissed, *mis hors de cour*." Macrae, G., in support of the foregoing, argued, firstly, that the motion was grounded upon

the fact, that Plaintiff's action was only for $141.00, a sum in ordinary cases actionable in the Circuit Court, but brought under the jurisdiction of the Superior Court solely owing to the exceptional proceeding of a *capias ad Respondendum* having been taken out. That the *capias* being now quashed the action was divested of the only feature which brought it within the cognizance of the Superior Court. It was now reduced to an ordinary action of $141. in the Circuit Court. Secondly, No domicile was assigned to Defendant in the writ, and there was nothing in the writ to shew that the party even had a domicile to bring him within the jurisdiction of the Court,, and this case being now divested of the features of an attachment, the Court, on looking at the record, would perceive that there was no service of the declaration upon Defendant. A copy of the declaration had been left at the Prothonotary's office for Defendant, such a service was certainly legal in cases where an attachment was maintained. But, as this case, by the quashing of the *capias*, had been reduced to a simple action for debt in the Circuit Court, there was no service on Defendant at all. For all these reasons, the Court had no jurisdiction in the matter and had a right, upon motion, to send the parties out of Court. Defendant's counsel added that he was informed that the Superior Court had, on a former occasion, without motion of counsel, taken upon itself to send the parties out of Court, in a similar case, and the Court had now a right to refuse to take cognizance of the action also and to send the parties out of Court.

On the 1st December, 1862. Judgment was rendered on said motion. PER CURIAM, MONK, J.: A *capias* had been taken. Defendant failed to appear, and the case proceeded by default. Some time after, Defendant moved to take off the default and to be allowed to appear. The Court allowed this motion, and granted him three days to plead. He then moved to quash the *capias*, meantime pleading to the merits under protestation. The motion to quash was granted. Defendant now moved that the case be sent out of Court, *mis hors de cour*, because there was nothing in the writ of summons or declaration or on the face of the proceedings to show that the Court had jurisdiction. There were three difficulties in the way of granting this motion: First, Defendant had allowed the case to go by default: secondly, Defendant had moved to quash the *capias*, and thereby allowed the Court to have jurisdiction: thirdly, Defendant had pleaded to the merits. He could not be allowed to recede from this. At the same time, His honor remarked that Defendant's Counsel appeared to have omitted nothing that could, under the circumstances, be done in the case for the benefit of his client: and that, although the

present motion would not be granted, still, considering the irregularities and defects apparent upon the face of Plaintiff's proceedings, Defendant need have very little apprehension as to the final result of the action; for that when the case would come up for hearing on the merits, Plaintiff, owing to these irregularities and defects, could not possibly obtain a judgment against Defendant. The judgment was thus motivé: "The Court, considering that James McQueen, having pleaded to the merits of the action and demand of Plaintiff, as set out in the declaration and writ, hath thereby submitted to the jurisdiction of this Court, and hath rendered himself incompetent now to urge the matters set out in his motion for the rejection and setting aside of the writ and declaration as null and void. It is ordered that McQueen take nothing by his motion." (7 *J.*, p. 70.)

FONTAINE, FONTAINE and MIREAU, for Plaintiff.
GEORGE MACRAE, for Defendant.

RECORDER'S COURT.—JURISDICTION.—EVIDENCE.

COURT OF QUARTER SESSIONS, Montreal, 18th February, 1863.

Coram SEXTON, RECORDER.

THOMPSON, Appellant *and* BELLEMARE, Respondent.

Held : 1° That the Recorder has no jurisdiction to decide upon the objection, that no evidence of record exists to show that the amount of the penalty and costs had been deposited with the Clerk of the Peace within fifteen days from the date of the judgment, according to section 51 of chap. 6, Cons. Statutes of L. C.

2° That such an objection ought to have been raised before the judge of the Superior Court, who allowed the appeal under section 50 of said act.

3° That the transferee of a license must comply with all the formalities required by section 16 and sub-section 2 of said act, before he can exercise the rights granted by such license.

Upon the return of this appeal, a preliminary objection was raised by Respondent, on the ground that there was no evidence before the Recorder of the deposit required by the section 51 of chap. 6, Cons. Stat. L. C., and that such an objection could not be made before the Judge of the Superior Court, inasmuch as the petition being presented within eight days after the making of the conviction, his judgment allowing or rejecting the petition for appeal might have been rendered on the ninth day or on any other day before the expiration of the delay allowed for making the deposit; that the

Judge of the Superior Court could not take this objection into consideration in rendering his judgment; that the General Quarter Sessions of the Peace has no jurisdiction over such an appeal, unless Appellant proves that he has deposited the amount of the penalty and costs according to the requirements of the 51 section of chap. 6 of the Cons. Stat. for L. C. The recognizance formerly required upon such appeals having been superseded by the deposit and constituting a condition precedent to the rights of being heard at Sessions, the same rule must now apply to the certificate of such deposit. Paley, p. 312. The production of a certificate of such deposit at the time of the hearing is one of those acts of the party appealing, which must be observed, without being questioned or called upon by Respondent. Paley, pp. 320, 321: If the *want of proof*, that the recognizance was entered within the delay prescribed by law, compelled the Sessions to dismiss the appeal, as stated in Paley's work, p. 318, the want of *proof* of the deposit ought to have the same effect. The certificate ought to have been returned to the Court of Quarter Sessions of the Peace before the right of appeal becomes absolute. Saunder's Magistrates' Courts, p. 292. On the 18th February, 1863, the Recorder quashed the conviction for the reasons mentioned in the following remarks: "Appellant enumerates in his motion to quash, the following as the reasons why his motion should be granted: 1st. That the exception relating to distillers, contained in the first clause of chapter 6 of the Consolidated Statutes of Canada, is not expressly negatived in the conviction. 2nd. That the attorney's fees allowed by the convicting Judge were illegally included in the costs granted to the prosecutor. Before adverting to these reasons, it may be well to dispose of some objections raised *in limine* against the hearing of the appeal. The first was, that, as the Judge of Sessions is vested with all the powers of two Justices of the Peace, no appeal from his decision was given by the Statutes, and that it was so held by Mr. Justice Badgley on the 31st December last. With this, the present Court had nothing to do. Mr. Justice Smith having seen fit to differ in opinion with Mr. Justice Badgley, and to order an appeal in the present case, his order was obligatory on the Court to which it was directed. The present Court had no authority to revise the decision of the superior tribunal, and it would be indecorous and improper to offer any opinion on the question at issue between the Judges. The other objections related to certain alleged informalities in the notices arising out of the appeal, and to a fact apparently of more consequence than all the rest, that there was no evidence of record to show that the amount of the penalty

and costs had been deposited with the Clerk of the Peace within fifteen days from the date of the judgment. All these were exceptions that should, and no doubt would have been urged before Mr. Justice Smith, if well founded. The judgment appealed from was rendered on the 17th December last, and the order granting the appeal not made until 43 days afterwards. If then the money had not been deposited according to law, no doubt the appeal would have been refused. With regard to the first exception, I am of opinion that, even according to the authorities cited, it was not necessary to negative the averment contained in the 1st section, in a prosecution brought for the penalty imposed by the 22nd section of the Statute; and I find it was so decided by Mr. Justice Smith, in the case ex parte John Moley for a writ of certiorari, so recently as the 31st December last, independently of which, the conviction is in the form F, supplied by the Statute, by the 43rd section of which it is enacted that the forms annexed to the Act, or other forms to the like effect, shall be sufficient. This is perfectly conclusive; for had the Legislature intended the averment to be negatived in the proceedings, it would have embodied negation in the forms. With regard to the second exception, the attorney's fee, it is provided by the 53rd section of chap. 103 of the Cons. Stat., that in all summary convictions, the justice may award such costs as may seem reasonable and not inconsistent with the fees established by law. The costs in question must certainly have appeared reasonable to the Judge, or he would not have awarded them, and it has not been shewn that they are inconsistent with the fees established by law. Besides which, this question, like the former one; has been already determined in the case of Moley. A more important reason for quashing the conviction was urged. It is embodied in the petition, and was dwelt upon at some length in the argument. It is, that Appellant having obtained from Sharpley, a licensed tavern keeper, a transfer of his premises, had three months' delay, within which to produce a certificate to the Revenue Inspector and obtain a transfer of the license; and that in the meanwhile he had a right to sell in the premises transferred to him. This is a most extraordinary pretension, and wholly unwarranted. The transferee of the premises cannot exercise the rights granted by the license for a single hour, until he shall have obtained in due form a transfer of the license. The three months' delay are given to the original holder, within which he or his representatives may find a suitable person, to whom to make a transfer, and failing to do so within that delay the license becomes void. It is not only necessary for the transferee, to obtain the certificate of

the 50 Municipal Electors, but also the approval of the Corporation signed by the Mayor and City Clerk, to enable him to obtain a valid transfer or to justify the Revenue Inspector in making the endorsement on the license required by the act. I mention this because a contrary practice obtains, which, if found to be illegal, may be attended with much inconvenience to the parties concerned. The practice has been for the Revenue Inspector to transfer the license, upon the Transferee producing a certificate signed by 50 municipal electors, without any proof of approval of that certificate by the Council. Now the words of the section authorizing the transfer are these: "But the person in whose favour such transfer is made "shall produce to the Revenue Inspector a certificate, and "enter into a bond with sureties such as was required of the "original holder of such license;" and the 9th section explains what was the certificate exacted from the original holder, viz., a certificate signed by fifty municipal electors approved of by the City Council, and signed by the Mayor and City Clerk: the Council alone being authorized to exact proof both of the authenticity of the signatures of the municipal electors. The last exception is not included either in Appellant's motion, or his petition though adverted to in the argument. It is that the depositions taken in this cause do not appear to have been either read over to, or signed by the witnesses. The 47th section, under which the conviction was obtained, provides that. "In every prosecution for any con- "travention of the provisions of this Act the depositions of "the witnesses shall be reduced to writing by the Clerk of "the Peace, or some one appointed by him, or by the justice "trying the case, and shall be filed of record in the cause, in "like manner, as if the same had been taken in the Superior "Court for Lower Canada." The second clause of the 95 section of the 83 chap. of the cons. stat., defines the manner in which witnesses shall be examined in the Superior Court; and it expressly provides, that the notes of evidence *shall be read over to the witness, and he shall sign them.* The depositions in this case do not appear to have been read over to the witnesses. They have not been signed by them, and contain no statement that the witnesses were unable to write. They, therefore, cannot be regarded as legal evidence. It is to be regretted that a conviction, in every other respect so well founded, should be invalidated by an informality, by an omission of the clerk overlooked by all the parties, by the learned judge of sessions, in the multiplicity of his arduous labors, as well as by the advocates. The omisssion is nevertheless fatal, and the convictions based upon those depositions must consequently be quashed, but without costs, it not being in the power of the

courts to award costs, even if it were disposed to do so, which it certainly is not under the circumstances."

"The court, considering the depositions of Richard Creagh, Charles William Sharpley, and Peter Casey, fyled of record as the depositions of the witnesses in this cause are illegal and no evidence, the said depositions not having been read over to or signed by the witnesses, and that there is consequently no evidence of record to justify or sustain the conviction, doth maintain the present appeal, and doth quash and set aside the conviction from which the present appeal was instituted and returned before this court. (7 *J.*, p. 74.)

KERR and NAGLE, attorneys for Appellant.

LAFRENAYE, attorney for Respondent.

PROCEDURE.—PLEADINGS.

CIRCUIT COURT, Montreal, 11th October, 1862.

Coram SMITH, J.

MCDONALD, *et al.*, *vs.* GAMBLE.

Held: That no motion can be made to reject an exception irregularly fyled, except within the delay fixed by law for answering in such court. (1)

This was a motion to reject an *exception à la forme*, as having been irregularly fyled, and not within the delay prescribed by law. The action was returned on the first day of August, 1862, and an appearance was fyled the same day. The exception was served on Plaintiff's attorneys and fyled in court on the fifth day of September, 1862; on the eighth day of October following, Plaintiff served on Defendant's attorneys a motion for the eleventh of October, to have the exception rejected from the record for the following reasons: 1° Parce que l'exception à la forme n'a pas été produite dans les quatre jours qui ont suivi le jour du retour de l'action en cette cause. 2° Parce que l'action ayant été rapportée le premier août dernier, et le Défendeur ayant comparu le même jour, l'exception à la forme aurait dû (aux termes de la loi) être produite dans les quatre jours qui ont suivi la vacance, c'est-à-dire, dans les premiers quatre jours de septembre dernier, tandis qu'elle n'a été produite que le cinq septembre dernier.

SMITH, J.: This motion comes too late and cannot be granted, issue being joined by mere lapse of time, in virtue of the 75

(1) V. art. 107, 108, 135 et 138 C. P. C.

sect. of chap. 83, of the cons. stat., for Lower Canada. The *exception à la forme* was not fyled within the delay prescribed by law, but the motion to reject it should have been made at the proper time and before issue was joined thereon. Motion rejected.(7 *J.*, p. 77.)

Bondy and Fauteux, for Plaintiffs.

Kerr and Nagle, for Defendant.

OBLIGATION.—SOLIDARITE

Cour de Circuit, Montréal, 31 décembre 1862.

Coram Smith, J.

Perkins *vs.* Leclaire, *et al.*

Jugé : Que plusieurs débiteurs non solidaires peuvent être poursuivis par la même demande, et condamnés à payer diverses sommes de deniers individuellement, mais solidairement aux frais de l'action. (1)

Le Demandeur réclamait des Défendeurs conjointement, et solidairement, la somme de $107.46, pour la valeur de certaines écritures et certaines traductions faites par le Demandeur, pour le profit commun des Défendeurs, et à leur réquisition. Les Défendeurs plaidèrent séparément, François et Jean Leclaire, que le Demandeur ne méritait avoir que $88.25, à compte de laquelle ils lui avaient payé $50, laissant due $38.25. qu'ils offrirent avec les frais ; et Macfarlane, par sa défense, alléguait qu'il avait toujours offert la somme de $35, comme étant une juste rémunération des ouvrages faits par le Demandeur, en autant que lui, Macfarlane, y était concerné. Sur la preuve faite par le Demandeur, la cour rendit jugement en sa faveur pour $63.11, contre F. & J. Leclaire, et pour $44.35 contre Macfarlane, et, de plus, la cour les a condamnés aux dépens, comme suit : " And the court doth condemn all Defendants, jointly and severally, to pay the costs of this action." (7 *J.*, p. 78.)

John Monk, avocat du Demandeur.

Drummond and Bélanger, avocats de F. & J. Leclaire.

R. and G. Laflamme, avocats de Macfarlane.

(1) V. art. 1103 C. C.

INTERRUPTION DE PRESCRIPTION

CIRCUIT COURT, Montreal, 11 décembre 1862.

Coram MONK, J.

MALO *vs.* O'HEIR.

Jugé : Que la prescription aura son cours nonobstant une instance quoique contestée mais périmée, dans laquelle certaines admissions de la dette auraient pu être faites. (1)

Le Demandeur poursuivit pour le recouvrement d'un billet, daté le 28 janvier, 1850, et payable à demande, pour £28, souscrit par le Défendeur en faveur du Demandeur. Le Défendeur opposa cette action par la prescription statutaire de cinq ans. Le Demandeur répondit que le Défendeur a, avant l'institution de cette action, reconnu devoir le billet, ainsi qu'il appert par la défense qu'il a faite à une première action intentée pour le recouvrement du billet, laquelle action a péri faute par le Demandeur d'avoir procédé dans les trois ans et que la reconnaissance contenue dans la défense a eu l'effet d'interrompre la prescription, et que la dette reclamée ne peut être prescrite maintenant que par le laps de trente ans à compter de la dite reconnaissance. La défense en question était ainsi conçue : " That the only consideration or value which " Defendant received from Plaintiff for the promissory note " was the sum of £7, and no more, by means whereof there " was, at the time of the institu ion of this action, and there " still is only due by Defendant to Plaintiff, on the said pro- " missory note, the sum of £7, and no more ; and this last " mentioned sum of money Defendant is willing and offers to " pay Plaintiff with costs as in an action for the said last " mentioned sum." Le Défendeur répliqua : " That such plea, " fyled by Defendant in the former action by Plaintiff against " him Defendant, does not contain any acknowledgment suffi- " cient in law to remove or take away the bar or prescription " pleaded by Defendant which is absolute." Le jugement de la cour renvoie l'action, et est motivé comme suit :

" The court, considering that the cause of [illegible] mentioned and set forth in Plaintiff's declaration did n[illegible]or did any of them accrue to Plaintiff, nor did Defendant undertake and promise at any time within five years next before the commencement of the present suit ; considering that the acknowledgment contained and set forth in Defendant's plea, fyled

(1) V. art. 2226, C. C.

on the 3rd February, 1855, in the cause No 14, before this court, in which the present Plaintiff was Plaintiff, and the present Defendant was Defendant, and referred to and pleaded by Plaintiff in his special answer made and fyled in this cause to Defendant's plea firstly pleaded, is not an acknowledgment which could change or did interrupt the prescription invoked by Defendant, inasmuch as the said acknowledgment was made in a cause which afterwards lapsed and was extinguished by *péremption*, and inasmuch as such acknowledgment, even if its force and effect had survived such *péremption*, which was not the case, could not and did not establish in favour of Plaintiff the presumption by him contended for, in his special answer, was moreover made more than five years previous to the institution of the present action, doth maintain the exception firstly pleaded by Defendant, and doth dismiss the present action. (7 *J.*, p. 79.)

DORION, DORION & SÉNÉCAL, Attorneys for Plaintiff.

JOHN MONK, Attorney for Defendant.

GARDIEN.—CONTRAINTE PAR CORPS.

CIRCUIT COURT, Montreal, 24th March, 1863.

Coram MONK, J.

LORD *vs.* MOIR et vir. *and* PRATT mis en cause.

Held: That a rule, which orders a guardian to a seizure of moveables to produce to the seizing baillif a missing piece of furniture of which he was guardian, and, in default of his doing so, that he be *"contraint par corps"* and imprisoned in the common jail of this district, until he had produced the missing article, *nisi causa*, is defective in form, in not giving the guardian the alternative of paying the value of the article. (1)

(1) Le shériff est le gardien des effets saisis quand le Défendeur n'en offre pas, et, comme officier saisissant et gardien des effets saisis, il est assujetti aux mêmes responsabilités que l'huissier et le gardien sous le droit français. Dans une demande pour contrainte par corps contre un gardien, il n'est pas nécessaire de lui offrir l'alternative de payer la valeur des effets; c'est à lui à le demander et à faire la preuve de cette valeur. Le shériff, quoique âgé de plus de soixante et dix ans, est sujet à la contrainte par corps. Lorsque, dans une demande pour contrainte par corps, le gardien plaide que les effets saisis et non représentés par lui n'excèdent pas un certain montant qu'il indique, il est censé, par là, demander que, si la contrainte est prononcée contre lui, le tribunal lui laisse l'alternative de s'en libérer en payant aux Demandeurs la valeur des effets, et, dans ce cas, la cour doit ordonner, avant faire droit, que preuve soit faite sans délai de la valeur des effets saisis et non représentés, pour être ensuite la contrainte par corps prononcée contre lui, avec l'alternative de s'en libérer en payant aux Demandeurs la valeur ainsi prouvée. (*Leverson et al vs. Boston*, shériff, C. B. R., Montréal, 3 septembre 1858, LAFONTAINE, J. C., AYLWIN, J., DUVAL, J. et CARON, J., infirmant le jugement de C. S., Montréal, 28 février 1857, SMITH, J., MONDELET (C.) J., et CHABOT, J., 7 *R. J. R. Q.*, p. 54.) V. art. 597, C. P. C.

Plaintiff having obtained judgment against Defendant, a married woman, and taken in execution her moveables, and appointed a guardian to the seizure who failed to produce on the day of sale an article styled "book case en acajou," Plaintiff took a rule on the guardian returnable and returned in court on the 10th March, the imperative portion whereof was in the following words: " Ordonné en conséquence au dit Noël Pratt, gardien et mis en cause, de remettre et représenter au dit huissier saisissant le susdit " Book stand en acajou " mis sous ses soins et sauve-garde, comme susdit, et que, faute par lui de ce faire, il soit contraint par corps et incarcéré dans la prison commune de ce district jusqu'à ce qu'il ait représenté le susdit objet," à moins que cause au contraire ne soit montrée mardi, le dixième jour de mars prochain, à dix heures et demie de l'avant midi, cour tenante." The rule being called in court, the guardian made default.

PER CURIAM : The court cannot make this rule absolute. It is defective in form, inasmuch as it does not give the guardian the alternative of paying the value of the missing article. Rule discharged. (7 *J.*, p. 80.)

DESJARDINS, for Plaintiff.

GIROUARD, for mis en cause.

LESSEE.—INSURANCE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 31st December 1862.

Coram SMITH, J.

PLATT *vs.* KERRY *et al.*

Held : That a clause in a lease, " that the said lessees shall pay all extra premium of insurance, that the company, at which the premises now leased may be insured, shall exact in consequence of the business or works done or carried on therein by the said lessees," applies to all extra premiums of insurance charged on account of the *actual* nature of of the business carried on by the lessees, and does not merely contemplate hazardous contingencies which may afterwards arise, such as the erecting of steam-engines, &c

Plaintiff brought an action to recover $187.50, being for extra premium of Insurance alleged to be due under a lease. The lessees, Carter, Kerry & Co., were chemists and druggists, and leased the premises for the purpose of carrying on their trade. Amongst other stipulations in the lease was the following, "That the lessees shall pay all extra premium of Insurance that the Company, at which the premises now leased may be insured, shall exact in consequence of the business or works done or carried

on therein by the lessees." Plaintiff's declaration stated that Defendants had paid the rent due during their occupancy of the premises leased, but had totally failed and refusd to pay the extra premium of Insurance, which, in consequence of the nature of the business carried on by the lessees, the Insurance Company had charged. That, in consequence, Plaintiffs had to pay the amount themselves, and had a right to demand it of Defendants by the present action. The plea was to the effect that the clause in the lease on which Plaintiff relied did not mean that the lessees were to pay any portion of the ordinary premium of Insurance which Plaintiff might be obliged to pay for the premises leased as a chemist's and druggist's warehouse, " but that, on the contrary, such premium of Insurance was in respect of the premises, the ordinary and usual rate of Insurance thereof, and was not nor was any part thereof extra premium of Insurance within the meaning of said clause." At *Enquête*, Plaintiff proved that an extra premium of 7s. 6d. per cent, amounting to the sum sued for, had been charged by the Insurance Company, on account of the lessees occupying the premises as chimists and druggists.

PER CURIAM: This is an action to recover the excess of Insurance, which, according to the lease was to be paid by Defendants as tenants, on the account of the trade they carried on, being the unusually hazardous one of wholesale chemists, &c. Defendant's pretension was that the clause in the lease did not apply to the extra premiums on their actual business, but was inserted to cover the case of their erecting steam-engines, or going into other hazardous kinds of manufacture. The Court cannot read the lease in that way. Judgment for Plaintiff. (7 *J.*, p. 80.)

JOHN DUNLOP, for Plaintiff.

ABBOTT and DORMAN, for Defendants.

CORPORATION MUNICIPALE.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 13 Février 1863.

Coram MONK, J.

LECLERC *vs.* LA CORPORATION DE LA PAROISSE DE SAINT-JOACHIM DE LA POINTE CLAIRE.

Jugé: Que le Conseil d'une municipalité ne lie cette dernière par ses actes qu'en autant qu'ils sont conformes à la loi. (1)

2° Qu'un Surintendant spécial est un officier municipal.

3° Que les aubergistes sont absolument inhabiles à remplir la charge de Surintendant spécial ni aucune autre charge municipale.

(1) V. art. 93 C. M.

Le Demandeur, Moïse Leclerc, alléguait dans son action, que, dans l'année 1861, il avait été nommé Surintendant spécial pour répartir certains chemins de la Défenderesse; qu'en conformité à cette demande de la Défenderesse, il avait, en effet, réparti ces chemins et avait fait deux rapports ou procès-verbaux qui avaient été homologués sans opposition aucune, et même suivis d'exécution de la part des intéressés et de la Défenderesse; que les services et déboursés qu'il avait faits dans l'exécution de ses devoirs, se montait à la somme de £17, que la Défenderesse avait reconnu lui devoir, et promis de lui payer par une résolution de son conseil. A cette action, la Défenderesse plaida qu'à toutes les époques où le Demandeur avait agi comme tel Surintendant spécial, et depuis au-delà de dix années, il était et est encore aubergiste, licencié à vendre en détail des liqueurs spiritueuses; et que, pour cette raison, il était inhabile à agir comme Surintendant spécial, et qu'enfin cette disqualification emportait la nullité de tous ses procédés et travaux, et que, partant, il ne méritait pas de réclamer un salaire pour les avoir exécutés. BETOURNAY, pour le Demandeur, soutenait qu'un Surintendant spécial n'était pas un officier municipal, aux termes de l'acte des municipalités, qu'il ne prêtait pas le serment requis des officiers municipaux, qu'il n'était pas nommé pour une période de temps fixe; qu'en un mot, il paraissait plutôt être un employé, un serviteur de la municipalité, qu'un de ses officiers; que, d'ailleurs, fût-il même officier public, l'aubergiste n'était pas absolument disqualifié de l'être, que la clause établissait seulement une exemption, la faculté pour les aubergistes et autres y nommés d'accepter ou de renoncer, mais non une incapacité, une inhabilité emportant de plein droit, nullité des actes. GIROUARD, pour la Défenderesse, dit qu'il lui suffisait d'établir deux choses pour obtenir le débouté de l'action. 1° Que le Surintendant spécial, agissant sous l'autorité du Conseil, était un officier municipal et qu'il remplissait réellement une charge municipale: 2° qu'il était défendu aux aubergistes de remplir aucune charge municipale à peine de nullité de leurs actes et procédés. Que la section 30e de l'acte des municipalités avait dévolu toutes les attributions et tous les pouvoirs de la charge de Surintendant du comté au Surintendant spécial, agissant sous l'autorité du Conseil: et que son intention d'en faire un officier municipal comme celui qu'il est appelé à remplacer, est si évidente, qu'au paragraphe 3e de la même section, il est statué que tout Surintendant spécial, "*sera sujet aux mêmes pénalités que les* "*autres officiers municipaux en cas de négligence,*" et enfin, qu'au paragraphe 4e de la même section, il est déclaré que "le "secrétaire trésorier pourra être nommé comme tel Surintendant spécial et pourra remplir les devoirs des *deux charges.*"

Que la section 31e établissait l'incapacité de l'aubergiste à remplir aucune charge municipale, que ses termes étaient décisifs et absolus : " *Ne seront pas élus* ou nommés conseillers " municipaux, *ou nommés à une charge sous le Conseil*, les " personnes dans les ordres sacrés, ou les ministres d'une " croyance religieuse quelconque ; les membres du conseil exé- " cutif, les juges de la cour du banc de la reine, de la cour su- " périeure, ou de la cour de vice-amirauté, les sherifs, les offi- " ciers en pleine paie de l'armée ou de la marine de Sa Majes- " té, " comme indignes de leur état," *ni les aubergistes*" comme trop dignes de leur état : que par ces termes, le statut n'entendait évidemment pas créer une exemption, mais une inhabilité, que les exemptions étaient contenues dans le paragraphe 5e de la même section 31e, qu'enfin pour cette seule raison, le Demandeur aurait dû refuser la charge que lui avait offerte le Conseil de la Corporation : qu'il avait agi contre la loi : que ses procédés étaient absolument nuls et nuisibles aux intérêts de la Défenderesse, qui n'avait pu les mettre à l'exécution, mais les avait annulés au contraire, et partant ils ne méritaient pas d'avoir aucun honoraire ni salaire.

PER CURIAM : La question soulevée ne me paraît souffrir aucune difficulté. Les dispositions sont formelles et déclarent clairement que le Surintendant spécial est un officier municipal, non permanent, mais temporaire, nommé pour une affaire particulière, et enfin que les aubergistes sont absolument inhabiles à remplir cette charge. Le Conseil en adoptant le compte du Demandeur a agi ouvertement contre la loi, et n'a pu lier la Défenderesse. (7 *J.*, p. 81.)

DENIS ET TRUDEL, pour le Demandeur.

BETOURNAY, Conseil.

GIROUARD, pour la Défenderesse.

AVIS D'ACTION.—GARANTIE.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 15 décembre, 1862.

Coram MONK, Justice.

LECLERC *vs.* LA CORPORATION DE LA PAROISSE DE ST-JOACHIM DE LA POINTE CLAIRE, ET LA MÊME, Demanderesse en garantie, *vs.* PIERRE CHARLES VALOIS *et al.*, Défendeurs en garantie.

Jugé: 1° Qu'une personne poursuivie à cause de ses actes comme officier public a droit à un avis d'un mois, bien qu'au temps où l'action a été prise, il ne remplissait plus sa charge.

2° Qu'un officier public a droit à l'avis d'un mois, quand bien même il serait accusé de fraude ou de mauvaise foi. (1)

3° Qu'une municipalité n'a pas le recours par voie d'action en garantie simple contre son Conseil pour cause de malversation, malice et mauvaise foi, mais seulement l'action en indemnité.

La Corporation de la Paroisse de St-Joachim de la Pointe Claire, poursuivie par Moïse Leclerc, pour ses honoraires comme Surintendant spécial, ainsi qu'il est dit dans le précédent rapport, appelle par action en garantie simple les Conseillers qui avaient transigé personnellement avec Leclerc, l'avaient nommé tel Surintendant spécial, avaient homologué ses rapports et adopté ses comptes, leur dénonçant la poursuite principale, et les priant de la faire cesser, et demandant enfin qu'ils fussent personnellement condamnés à indemniser la Demanderesse des condamnations qui pourraient intervenir contre elle: 1° Parce que les Défendeurs, comme mandataires de la Demanderesse, étaient responsables envers elle de la malversation de leurs devoirs et obligations et des dommages qui en resultaient. 2° Parce que les Défendeurs avaient agi de mauvaise foi, par malice et fraude. Les Défendeurs rencontrèrent cette action par une exception et une défense au fonds endroit, par laquelle ils demandaient le débouté de l'action: 1° Parce que la Demanderesse en garantie n'alléguait pas dans son action qu'un avis d'un mois avait été donné aux Défendeurs de l'institution de cette action. 2° Parce qu'il ne résultait des allégués de la déclaration aucune garantie de la part des Défendeurs, en faveur de la Demanderesse.

M. CASSIDY, pour les Défendeurs, dit que la section 1ère du chap, 101, des statuts refondus du Bas-Canada, lui donnait un moyen de défense infaillible en faveur de ses clients; que, par cette clause, en effet, "aucun bref ne peut être émis contre un "juge de paix ou un autre officier, ou personne remplissant "des devoirs publics, pour aucune chose faite par lui dans "l'exécution de ses devoirs publics, ou à moins qu'avis par

(1) V. art. 22 C. P. C.

" écrit de tel bref spécifiant la cause de l'action avec une pré-
" cision suffisante, ne soit donné au dit juge de paix, officier
" ou autre personne ;" que la Demanderesse n'avait pas donné cet avis et qu'elle ne l'alléguait pas dans son action. Qu'en outre, il n'y avait aucune garantie de la part des Défendeurs à indemniser la Demanderesse des condamnations qui pourraient intervenir contre elle par le fait de ses conseillers agissant au meilleur de leurs capacités.

M. GIROUARD, pour la Demanderesse, soutenait qu'il n'était pas nécessaire de donner aucun avis aux Défendeurs, 1° parce que, lors de l'institution de l'action et depuis plus de six mois auparavant, ils ne remplissaient aucun devoir public, et que la clause du statut n'exige l'avis qu'à l'égard des personnes "*remplissant des devoirs publics*," 2° parceque les Défendeurs étaient accusés de mauvaise foi, malice et fraude, et qu'au terme de la section 8e du même acte, déclarant que "*tout juge*
"*de paix, officier et autre personne, aura droit à la dite pro-*
"*tection et aux dits privilèges dans tous les cas où il a agi*
"*bonâ fide*, dans l'exécution de ses devoirs, bien, qu'en faisant
" telle chose, ou commettant tel acte, il ait excédé ses pouvoirs
" ou sa juridiction, et ait agi clairement contre la loi," il n'y a que les officiers agissant de *bonne foi*, qui aient droit à l'avis. Que la garantie que la Demanderesse invoque résulte du droit commun : que les Conseillers d'une corporation municipale n'en sont que les mandataires, et comme tels obligés de suivre les instructions que la loi leur donne et d'indemniser la Corporation de tous dommages résultant de la malversation de leurs devoirs et d'une violation grossière de la loi ; que les Défendeurs, en nommant ainsi à une charge municipale un aubergiste, avaient malversé et violé ouvertement la loi, et étaient tenus de venir répondre de leurs actes illégaux, de faire valoir eux-mêmes leurs moyens de défense contre le Demandeur principal, et d'indemniser la Corporation, dans le cas où elle serait condamnée : qu'enfin, la mauvaise foi avec laquelle les Défendeurs avaient agi, devait être un motif suffisant de les rendre responsables de cette mauvaise foi.

PER CURIAM : L'action en garantie est mal fondée. La Demanderesse devait donner avis par écrit d'un mois avant de procéder. D'ailleurs, il n'y a pas de garantie de la part des Défendeurs vis-à-vis de la Demanderesse. Elle doit attendre le jugement sur la demande principale de Leclerc, et si elle est condamnée par la faute et la malversation des Conseillers ainsi qu'elle le prétend, elle pourra exercer l'action *en indemnité*. (7 *J.*, p. 83.)

GIROUARD, pour la Demanderesse.

DENIS et DESNOYERS, pour les Défendeurs.

CASSIDY, Conseil.

MARRIAGE LAW.—LEX LOCI.—EXPERTISE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 4th May, 1852.

Coram DAY, J., VANFELSON, J., MONDELET, J.

BRODIE et ux. *vs.* COWAN.

Held: 1. That in the absence of proof of the laws of the place where parties had their domicile when they were married out of Lower Canada the Court cannot take notice of or be governed by any other laws than those in force in Lower Canada in deciding upon the matrimonial rights of the parties. (1)

2. That Experts have no right of naming a third expert before proceeding and before any disagreement has taken place.

Plaintiffs, in their declaration, set out the following facts: that, on or about the eleventh day of February, 1810, John Boyd, then resident in the Parish of Bath, in Paisley, Scotland, and Jean Barclay otherwise called Jane Barclay, Spinster, then resident at Bath aforesaid were lawfully united in marriage. That of said marriage there was issue one child, Jean Boyd otherwise called Jane Boyd, born at Bath on the twenty-eighth day of July, 1818, still living, being now the wife of Robert Brodie and one of Plaintiffs. That said marriage was not preceded or accompanied by any contract of marriage: and that, by the laws of Scotland, as well as by the laws of that part of this Province, heretofore called Lower Canada, where the parties afterwards resided, a *communauté de biens* was created and did from thenceforth subsist between John Boyd and Jean Barclay otherwise called Jane Barclay. That, soon after the marriage, John Boyd and Jean Barclay his wife emigrated to and settled in Lower Canada, where they continued to reside up to the time of their decease respectively. That in Lower Canada, John Boyd and Jean Barclay acquired considerable property and estate as well moveable as immoveable of great value, to wit, of the value of one thousand pounds and upwards, which by law appertained to the *communauté de biens* subsisting between them. That on the seventh day of November 1839, Jean Barclay, otherwise called Jane Barclay, died at South Georgetown. That, at the time of the decease of Jean Barclay, otherwise called Jane Barclay, there was considerable property and estate, as well moveable as immoveable, of great value to wit: of the value of one thousand pounds and upwards appertaining to the communion of property, *communauté de biens* which had

(1) V. art 6 C. C.

subsisted between her and John Boyd. Defendant, by his first plea, alleged. That, by reason of the marriage of John Boyd and Jean Barclay, in Scotland, where the matrimonial domicile of the parties existed, the rights of Jane Barclay in the immoveable property, were fixed and must now by this Court be determined according to the law of Scotland, to wit, of the matrimonial domicile of the parties; and Defendant alleges that the *communauté de biens*, existing in Scotland, does not, by the law of Scotland, extend to or include, and cannot be construed to include real property of any description acquired subsequent to marriage, and does not extend to the real property acquired in Lower Canada by the parties and that the community of property, as known in Lower Canada, does not by law extend to give to Jane Barclay or to Jane Boyd, as heir to her mother, any other or greater rights than would be granted by the Law of Scotland and does not extend to or effect real property which was acquired in Lower Canada. And Defendant alleges that all the real property, lands, and tenements, at any time acquired or possessed by John Boyd in Lower Canada, or by Jane Barclay, or which are now or any time have been in the possession of Defendant, were so acquired after many years' residence in Scotland by John Boyd and Jane Barclay, after their marriage and their removal to Lower Canada. That, by reason of the premises Jane Boyd, Plaintiff, cannot, by law, as heir of her mother, demand any portion of the immoveable property acquired and possessed by John Boyd at the death of Jane Barclay, and that John Boyd, at the decease of Jane Barclay, was not then, nor is Defendant liable to account for the said real property to Jane Boyd or to Plaintiff. No proof was made of what the law of Scotland was with reference to the matrimonial rights of the parties.

PER CURIAM: Defendant contends that the marriage having taken place in Scotland, the matrimonial rights were regulated by the law of that country, and that in that law there was no community. There is no doubt of the general principle which had been established in the case of *Rogers* vs. *Rogers* (1) that the matrimonial domicile regulated the matrimonial rights, but the difficulty here is that there is no evidence of what the law of Scotland is. The rule then that applies is that, in the absence of proof, the Court will pre-

(1) Il n'y a pas de communauté de biens légale en Angleterre, et les parties qui s'y marient sans contrat ne sont pas communs en biens ; et le fait qu'elles auraient ensuite transporté leur domicile dans le Bas-Canada où elles sont décédés n'a pas l'effet de les rendre communs en biens. (*Rogers et al.*, vs. *Rogers*. C. B. R. janvier 1848, ROLLAND, juge en chef, DAY, juge et SMITH, juge, 2 *R. J. R. Q.*, p. 290) V. art. 6 et 1260 C. C.

sume the law of a foreign country to be the same as its own, taking then, the matrimonial rights of the parties to be governed by the law of Canada, Defendant must be ordered to render an account as to the succession.

"The Court, considering that Plaintiff hath established the material allegations of her declaration, in so far as the same relate, to the estate and succession of Jane Barclay, her mother, and that, by reason of the marriage of John Boyd, her father, with Jane Barclay, and that, by the laws in force in Lower Canada, a community was created, and subsisted between John Boyd and Jane Barclay, and, further, considering that Defendant hath failed to prove that the laws in force in Scotland, where John Boyd and Jane Barclay, at the time of their marriage had their domicile, and were married, were other than and different from the laws in force in the Province of Lower Canada: and that, in the absence of such evidence, the Court now here cannot take notice of or be governed by any other laws than those in force in the Province of Lower Canada, in deciding upon the matrimonial rights of Jane Barclay and the present claim and demand of Plaintiff; dismissing the exceptions of Defendant, in so far as the same relate, to the community of property and the estate and succession of Jane Barclay doth order and adjudge that Defendant, as well in her own name as in her capacity of tutrix, do, within one month from service upon her of this judgment, render a just and true account of the property and estate, as well moveable as well immoveable, in her possession pertaining to the communion of property heretofore subsisting between John Boyd and Jean Barclay otherwise called Jane Barclay, as well as all the rents, revenues, issues, and profits of the aforesaid communion of property."

On the 17th September 1853, upon motion of Defendant, the Report of the Experts was set aside, for the reasons set forth in the judgment rendered as follows: "The Court having heard the parties on Defendant's motion founded upon affidavit to have the report of the *Experts* made and fyled, set aside for the causes stated in said motion, considering that no legal and valid notice was given to Defendant to attend upon and before the *Experts* and further that the *Experts*, assumed the right of naming a third Expert before proceeding to the execution of said rule, and before any disagreement could have taken place touching and concerning any of the matters in dispute by and between the parties, doth order that the Report and the same be set aside, as prayed for. (7 *J.*, p. 96.)

SMITH and CROSS, Attorneys for Plaintiffs.

A. and G. ROBERTSON, Attorneys for Defendant.

ACTION PETITOIRE.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,
Montréal, 1er septembre 1862.

Coram Sir L. H. LAFONTAINE, juge en chef, AYLWIN, DUVAL, MEREDITH, MONDELET, juges.

GAUTHIER DIT ST-GERMAIN, (Défendeur en Cour Inférieure,) Appelant, *vs.* GLODUE, (Demandeur en Cour Inférieure,) Intimés.

Jugé : Qu'un propriétaire d'un immeuble indivis, ne peut pas porter l'action pétitoire contre son co-propriétaire.

Mr le juge en chef LAFONTAINE, en rendant jugement pour la cour, s'est prononcé dans les termes suivants : Action pétitoire, intentée dans la Cour Supérieure, siégeant dans le dis-district de Shefford, le 30 août 1860, signifiée le 1er septembre par laquelle le Demandeur revendique le lot n° 2, dans la 6me concession du township de Roxton, à lui vendu, sous l'autorité de la municipalité du comté de Shefford, le 1er février 1858, pour défaut de paiement de taxes municipales. Le titre de cette vente a été donné par le secrétaire-trésorier de la municipalité, le 26 septembre 1859. Prix d'adjudication, £2 19s 10d. Le Défendeur a présenté deux exceptions, dans lesquelles il admet la vente et les formalités qui l'ont précédée, mais en déclarant qu'il était convenu avec le Demandeur qu'il aurait la moitié, et que, pour obtenir la terre au plus bas prix possible, il s'abstiendrait d'enchérir. Depuis, il a obtenu la permission d'amender ses exceptions, et l'amendement consiste dans l'allégation que la susdite convention eut lieu, non avec lui, mais avec le nommé Jérémie Bachant, dont il a acquis les droits, par acte du 27 juin 1859. Nonobstant l'amendement, on a laissé subsister l'articulation de faits du Défendeur, bien qu'elle ne s'applique pas au changement survenu dans la contestation liée entre les parties. Le Défendeur a examiné deux fois le Demandeur sur faits et articles, d'abord avant l'amendement, puis après l'amendement. Toute la preuve du Défendeur consiste dans les réponses du Demandeur, aux interrogatoires sur faits et articles proposés en dernier lieu. L'Appelant souleva, dans son factum, des questions que la contestation, telle que liée entre les parties ne présente pas, et que les réponses sur faits et articles repoussent. Je veux parler de prétendues formalités que, selon le factum, il était nécessaire d'alléguer comme ayant été observées avant la vente. D'un autre côté, le Demandeur a admis, dans les réponses sur faits et articles,

que Bachant avait acheté avec lui, avait payé la moitié du prix d'adjudication, et devait avoir une moitié de la terre, et le Défendeur est maintenant aux droits de Bachant. Dans ces circonstances, je ne pense pas que l'action puisse se maintenir. De plus, le Demandeur, dans sa réponse au 15me interrogatoire, fait l'aveu qu'il a vendu le lot de terre au nommé Roy. Il n'est donc pas fondé à en revendiquer la propriété. Par conséquent, il n'a pas le droit d'exercer l'action pétitoire.

Mr le juge DUVAL : Je concours dans le jugement de la cour, pour les raisons suivantes : L'Appelant a plaidé en Cour Inférieure que, par promesse de vente intervenue le jour de l'adjudication, et, par conséquent, avant la vente au nommé Roy, l'Intimé avait vendu la partie du lot de terre reclamé à un nommé Jérémie Bachand : que ce dernier l'avait revendue, de même que tous ses droits et privilèges, à l'Appelant, par acte de vente notarié en date du 26 juin 1659 ; qu'en conséquence, c'était l'Appelant qui, à l'époque de l'institution de l'action, était le vrai propriétaire du morceau de terre, et lui seul. L'Appelant n'avait pas d'autre moyen d'établir cette promesse de vente que de s'en rapporter au serment du Demandeur. Etant demandé à l'Intimé, au 6e interrogatoire, s'il est vrai, " que, " pour prévenir la concurrence entre vous et Jérémie Bachand, " et dans le but d'empêcher les enchères de monter à un prix " trop élevé, il fut convenu, là et alors, et immédiatement avant " la vente, entre vous et Jérémie Bachand, que le lot de terre " serait adjugé pour une somme suffisante, ou à peu près, pour " payer le montant des taxes et cotisations et des frais, et que " vous auriez la moitié du lot, et Bachand aurait l'autre moitié, " en payant chacun une moitié égale du prix d'adjudication :" il répond, " Yes." Puis, au 8e interrogatoire, il avoue que le prix de l'adjudication fut payé par moitié par Jérémie Bachand, conformément à leur arrangement. Enfin, au 10e interrogatoire, il ajoute qu'il promit, là et alors, un bon titre à Bachand, mais qu'il devait avoir le choix sur chacune des deux moitiés. " I was to give him a title for a half, dit il, but I was to have the first choice." Et, en explication de ces mots au juge, " I was " to have the first choice," il dit : " I had the right to make " the first choice : but the lot not having been surveyed and " chained, I did not do so, I had the first choice, but I don't " remember having said to Bachand that I would rather have " the other half of the lot, that is the half not adjoining the " number one as above mentioned." L'Appelant soutient humblement que cette addition, " I was to have the first choice," doit être considérée comme non avenue. Pourquoi l'Intimé n'a-t-il pas parlé de ce prétendu choix dans ses réponses aux exceptions de l'Appelant ? Il ne l'a pas fait et n'a pas même produit de réponse ni spéciale ni générale ; et ce que la cour

pourrait tout au plus supposer en pareil cas, dans la bouche de Glodue, se résumerait à ceci : " Je n'ai jamais promis de titre à Bachand, et je ne lui en dois aucun." Mais voilà que dans la plaidoirie, et lorsque le Défendeur avait toute raison de ne pas s'y attendre, le Demandeur déclare qu'en effet il a promis un titre ; mais qu'il devait avoir le premier choix. La cour peut-elle admettre de semblables additions, ou plutôt cette réponse à l'exception du Défendeur, si toutefois c'en est une, la pratique n'est elle pas de les éliminer ? Mais, du reste, cela ne change pas beaucoup la position de Glodue. Il n'a pas voulu faire son choix, " the lot not having been surveyed and chained," et c'est précisément ce qu'il aurait dû faire, avant de prendre son action. Au lieu de poursuivre au petitoire, n'aurait-il pas dû obtenir le partage de la propriété entre lui et le nommé Bachand, le cédant de l'Appelant ? N'aurait-il pas dû également exercer son choix et le faire connaître à son co-propriétaire par indivis ? D'ailleurs, le seul fait qu'à l'institution de l'action, Glodue n'était avec l'Appelant ou son auteur Bachand que co-propriétaire par indivis du lot revendiqué et de tout le lot No 2, n'est-il pas suffisant pour détruire l'action du Demandeur : " Le domaine de propriété, dit Pothier, " est ainsi appelé parce que c'est le droit par lequel une chose " *m'est propre*, et m'appartient privativement à tous autres." Plus loin, il ajoute : " Si on suppose qu'un autre que moi soit " propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, dès lors " cette chose est *commune entre nous*, et si elle est commune, " on ne peut plus dire qu'elle me soit propre pour le total : car " *propre* et *commun* sont deux choses contradictoires." Et plus loin : " Car ce droit de propriété qu'ils ont en commun " est le droit par lequel la chose leur appartient en commun " privativement à tout autre ; et entr'eux la part que *chacun* " *y a lui appartient* à lui seul privativement, même à ces co-" propriétaires ; car la part que l'un a dans la chose commune " n'est pas la part de l'autre, et chacun n'a le droit que de dis-" poser de sa part. . . . . Ce ne sont pas des parts réelles qui ne " peuvent être formées que par la division de la chose, ce sont " des parts intellectuelles." Pothier *Traité de la Propriété*, 1er partie, ch. 1er, nos. 4, 16, et 17. Voir aussi Pothier sur l'action de revendication, ibid. 2e partie, ch. 1. Et cependant l'Intimé admet lui-même qu'il n'est que co-propriétaire de tout le lot No. 2, qu'il n'a jamais été partagé et que l'Appelant ou son auteur a aussi la propriété sur la chose réclamée. Comment Glodue pourait-il le déclarer propriétaire de la moitié de ce lot ? Comment, l'Appelant pouvait-il être condamné à l'abandonner, lorsqu'elle n'est pas refusée, et que l'Intimé n'a aucun titre ? Encore une fois, Glodue aurait dû provoquer à partage avant d'en venir au pétitoire.

"La cour considérant que l'Intimé, Demandeur en Cour Inférieure, par ses réponses aux interrogatoires sur faits et articles, à lui soumis, a reconnu que la terre par lui reclamée a été acquise par lui à condition que la moitié d'icelle serait la propriété du nommé Bachand, et que Bachand a payé sa part du prix d'acquisition, considérant que le dit Intimé, par ses réponses, reconnaît qu'il devait faire option de la moitié, qu'il prendrait pour sa part, et que, lors de l'institution de la présente action, l'Intimé n'avait pas déclaré son option, et qu'à défaut de cette option déclarée, l'Intimé ne peut être reconnu le propriétaire de la terre ou d'aucune portion d'icelle et qu'en conséquence dans le jugement de la Cour Supérieure, qui a maintenu l'action du Demandeur il y a mal jugé. Infirme etc. (7 *J.*, p. 99.)

D. GIROUARD, Avocat de l'Appelant.

O'HALLORAN & BAKER, Avocats de l'Intimé.

ENREGISTREMENT.—RATIFICATION DE TITRE.—FRAUDE.

COUR DU BANC DE LA REINE, Montréal, 23 avril, 1849.

Coram ROLLAND, C. J., DAY, J., SMITH, J.

LAFLEUR, *vs.* DONEGANI, *et al.*

Jugé : 1° Que, dans le cas de fraude de la part du débiteur, résultant du changement de l'un de ses prénoms dans un acte translatif de propriété subséquente à son obligation créative d'une hypothèque, la perte de la créance hypothécaire, quoique enregistrée doit retomber sur le créancier et non pas sur le tiers-détenteur qui ne doit pas être la victime de cette fraude : 2° que *pendente lite* l'obtention d'une sentence en ratification de ce titre translatif de propriété, sans aucune opposition de la part du créancier hypothécaire, ne saurait détruire le droit d'action déjà acquis et en exercice, vû que le tiers-détenteur avait une connaissance suffisante de cette hypothèque avant cette demande en ratification de titre.

Le Demandeur poursuivit les Défendeurs, en déclaration d'hypothèque, pour le montant d'une obligation qui lui avait été consentie le 26 mai, 1829, par Jean Olivier Danis et sa femme, Chevrefils, N. P., et enregistrée le 30 octobre, 1844. Le Demandeur allégnait que, dans l'acte de vente de la propriété qui lui était hypothéquée, par l'effet de cette obligation comportant une hypothèque générale sur tous les biens du débiteur, reçu le 30 septembre, 1846, Doucet, N. P., et que son débiteur, avait consenti sous le nom de Joseph Olivier Danis aux Défendeurs, c'était par dol et fraude qu'il s'était appelé Joseph Olivier Danis au lieu de Jean Olivier Danis, de même que c'était par dol et fraude qu'il avait acquis

cette propriété sous le même nom de *Joseph* Olivier Danis, au lieu de *Jean* Olivier Danis, le 2 juillet, 1840, de Joseph Papineau, Trudeau, N. P. Les Défendeurs plaidèrent une exception péremptoire, par laquelle ils alléguaient que, par l'acte du 30 septembre, 1846, ils avaient acquis de bonne foi de *Joseph* Olivier Danis, notoirement connu sous ce nom, l'immeuble prétendu hypothéqué en faveur du Demandeur, et qu'ils en étaient en conséquence devenus possesseurs de bonne foi, et qu'ils avaient payé et acquitté de bonne foi le prix de leur acquisition en exécution du dit acte : que, lors de leur acquisition, le Demandeur n'avait aucune hypothèque régulièrement et légalement inscrite et enregistrée contre *Joseph* Olivier Danis, le vendeur des Défendeurs ; que l'inscription ou l'enregistrement d'aucune hypothèque consentie au Demandeur, par *Jean* Olivier Danis et sa femme, ne pouvaient valoir et n'avait aucune force légale vis-à-vis des Défendeurs comme acquéreurs et détenteurs de cet immeuble acquis par eux de *Joseph* Olivier Danis ; qu'en supposant que le Demandeur fut victime, ainsi qu'il l'alléguait, d'une fraude commise à son égard, par Jean Olivier Danis, il ne pouvait avoir aucun recours contre les Défendeurs, ignorants et non participants de cette fraude. Durant le cours de l'instance les Défendeurs ayant obtenu une sentence ou jugement de ratification de titre, savoir, l'acte de vente du 30 septembre, 1846, firent motion qu'attendu l'obtention pour eux d'une sentence de ratification de l'acquisition par eux faite, de Joseph Olivier Danis des immeubles et dépendances à raison desquels ils sont poursuivis et troublés hypothécairement par suite de la présente action du Demandeur, la dite sentence obtenue depuis l'institution de cette action, et depuis la production des exceptions et défenses du Défendeur, et nommément le trente-et-un janvier, 1848, attendu aussi le défaut par le Demandeur de s'être opposé à la dite demande et sentence de ratification, à raison de ses prétendus droits d'hypothèque, il soit permis aux Défendeurs de plaider de nouveau et de produire et filer les exceptions et défenses accompagnant les présentes, bâsées sur la dite sentence et confirmation de titre, et qu'aussi, si besoin est, l'enquête soit réouverte à toutes fins que de droit. Les défenses additionnelles sont : "qu'en supposant que le Demandeur, lors de l'institution de cette action, eût l'hypothèque qu'il réclame sur les immeubles ou dépendances acquis par les Défendeurs de leur vendeur, Joseph Olivier Danis, chose que n'admettent point les Défendeurs, icelle hypothèque que le Demandeur prétend avoir pour le recouvrement de la somme, en capital intérêt et dépens, qu'il réclame serait devenue éteinte et purgée, à toutes fins que de droit, en conséquence d'une sentence de ratification obtenue par les

Défendeurs le 31 janvier, 1848, depuis l'institution de cette action, de l'acquisition faite par les Défendeurs du dit Joseph Olivier Danis, en vertu du dit acte du 30 septembre 1846, devant Doucet et son confrère Notaires, que le Demandeur aurait dû, dans le cas où il en eût eu le droit, s'opposer à la confirmation de titre à raison des prétendus droits et hypothèques qu'il réclame pour le recouvrement de sa créance, en capital, intérêt et dépens; que le Demandeur n'ayant produit aucune opposition à la sentence de ratification, il serait devenu déchu de tous les droits d'hypothèque qu'il avait pu avoir sur les immeubles acquis par les Défendeurs du dit Joseph Olivier Danis, qui, en conséquence de la confirmation de titre et de ce que dessus allégué, et en supposant que le débiteur du Demandeur, Jean Olivier Danis, fût le même individu que Joseph Olivier Danis, le vendeur des Défendeurs, chose que n'admettent point les Défendeurs, les immeubles acquis par les Défendeurs étant devenus dégrevés et purgés d'aucune hypothèque qui aurait pu exister sur les dits immeubles, la dite action du Demandeur ne peut se maintenir contre les Défendeurs. Pourquoi les Défendeurs concluent à ce que, dans le cas où le Demandeur se trouverait avoir eu, et en supposant qu'il ait jamais eu des droits d'hypothèque pour le paiement de la dite créance en capital, intérêt et dépens sur les dits immeubles, il soit prononcé et adjugé qu'iceux droits d'hypothèque ou icelles hypothèques, sont devenus éteints et purgés, en conséquence du jugement de ratification, et que partant la dite action du Demandeur soit renvoyée. Cette motion pour plaider ce fait de purge d'après les derniers errements, *puis darrein continuance*, fut rejetée en janvier, 1849, *Coram* Day, J. Smith, J.: 1o. pour la raison qu'il s'était écoulé près d'un an depuis ce fait de purge et la production de cette motion, et que diligence doit être faite pour produire une telle défense; 2o. parce que le Demandeur n'était pas obligé de s'opposer à cette demande en ratification de titre, vû que, par son action en déclaration d'hypothèque, les Défendeurs étaient suffisamment mis en demeure et avaient connaissance de cette hypothèque, dans le cas où elle serait légalement inscrite ou enrégistrée; *Vide* Guyot Rép.; vo. hypothèque, pages 677, 678, 679, etc.; 1 vol. Troplong, priv., and hyp., no. 665. Revue de Wolowski, 1856, Tome 9, 2me. partie, p. 113. Après audition au mérite, la cour a débouté le Demandeur des conclusions de son action hypothécaire; ce jugement est motivé comme suit: " La cour, considérant que l'enregistrement de l'obligation de Jean Olivier Danis, n'a pas eu l'effet de créer une hypothèque sur l'immeuble acheté de bonne foi par les Défendeurs d'un nommé Joseph Olivier Danis, sans qu'ils puissent connaître l'existence d'aucune hy

pothèque, que, d'ailleurs, le vrai nom du dit Danis n'est pas établi d'une manière certaine, que l'erreur dans le nom peut être dans l'obligation même : que comme de la fraude du dit Danis quelqu'un doit souffrir, il serait injuste que la perte tombât sur les Défendeurs dont la cause est plus favorable que celle du Demandeur, a débouté et déboute le Demandeur de son action, avec dépens. (7 *J.*, p. 102.)

T. JUDAH, avocat du Demandeur.

CARTIER and CARTIER, avocats des Défendeurs.

PEREMPTION D'INSTANCE.—INSCRIPTION DE FAUX.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 mars 1863.

Coram SMITH, juge.

DEMOISELLE DE BEAUJEU, *vs.* JOSEPH MASSE, FILS.

Jugé : 1° Qu'en supposant que la Demanderesse soit morte civilement (ce qui n'est pas décidé par le jugement) avant que la péremption soit acquise, la mort civile n'ayant pas été notifiée au Défendeur, avant la motion de péremption, la péremption ne peut être écartée par la prétendue mort civile ; 2° que le certificat du protonotaire ne peut être attaqué que par voie d'inscription de faux ; 3° que la péremption ne peut être couverte par un procédé entre la signification de la motion et sa présentation en cour. (1)

Le Défendeur ayant fait signifier aux avocats de la Demanderesse une motion de péremption d'instance, la Demanderesse obtint la permission d'y répondre par écrit, et, dans sa réponse, elle prétendit 1° que la Demanderesse, avant la péremption acquise, était morte civilement, ayant fait profession religieuse et professé les vœux solennels, dans le couvent des Dames de la Congrégation de Montréal : 2° que le plaidoyer, mentionné comme le dernier procédé fait dans cette cause, au lieu d'avoir été produit le 17 mai 1859, ainsi que le disait le certificat du protonotaire, n'avait été produit que dans le cours d'avril 1862, ainsi qu'il paraissait par les affidavits produits par la Demanderesse.

LAFLAMME R., pour la Demanderesse, prétendit que la Demanderesse ayant proféré des vœux qui l'excluaient du commerce du monde, elle était morte civilement, et que, depuis lors, l'instance était interrompue, comme elle l'est habituellement par la mort naturelle ; que, par des affidavits produits, il était établi que le dernier procédé, mentionné dans le certificat du protonotaire, n'avait pas eu lieu à la date qu'il portait :

(1) V. art. 455 C. P. C.

mais qu'il devait porter une date bien plus récente, et en deçà des trois dernières années.

DOUTRE J., répondit que le Canada étant soumis au droit public anglais, la mort civile, par profession religieuse, n'existait pas : que, si la mort civile existait, l'autorité serait impuissante à soustraire les religieuses à la réclusion si elles voulaient s'en affranchir ; que, si la mort civile existait, le mariage des religieuses et des prêtres serait nul aux yeux de la loi, et les enfants qui en naîtraient seraient adultérins : qu'enfin, les conséquences de ce principe bouleverseraient tout notre droit public ; que, quant à la date du dernier procédé, certifiée par le protonotaire, elle ne pouvait être attaquée que par l'inscription de faux, et non par des affidavits, qui ne reposent sur rien de satisfaisant, quand on va au fond des choses, ainsi que le Défendeur l'a fait, non pour les besoins réels de sa cause, mais pour détruire le préjugé que les affidavits produits par la Demanderesse pouvaient créer : que si l'on pouvait ainsi attaquer le certificat du protonotaire, il n'y aurait plus aucune foi à ajouter, pas même aux jugements enregistrés, sous la signature du greffier.

SMITH, J. : The first point in dispute was perfectly plain, namely, could a *religieuse* bring an action ? This could not affect the present case and does not come up for the opinion of the court ; because no notice of this lady being a *religieuse* had been given, before the *péremption* demanded. Even the natural death of a party would hardly be sufficient under such circumstances. The second point was whether the paper in question had been fyled after the date it bears. A great many affidavits had been produced, but they were not satisfactory. If the prothonotary had stated that it had been fyled of a wrong date, by mistake, the court would have had no hesitation in ordering the date to be changed. Was then the court to allow the signatures of its officers to be contradicted by affidavits, five or ten years after fyling papers ? It was impossible : the *inscription de faux* is the only remedy open against the certificates of the prothonotary. *Péremption* granted and action dismissed, with costs. (7 *J.*, p. 105.)

LAFLAMME and LAFLAMME, for Plaintiff.

DOUTRE and DAOUST, for Defendant.

CERTIORARI.

SUPERIOR COURT, Sorel, 19th February, 1863.

Coram BADGLEY, J.,

Ex parte MOGÉ, Petitioner for a Writ of Certiorari, *vs.* ROY, Prosecutor in the Court below.

Held: That upon a writ of Certiorari to remove the proceedings had and conviction made in pursuance of Chap. 6 Cons. S. L. C., such conviction being for "keeping a house of public entertainment;" will be quashed, inasmuch as it is no offence unless qualified within the term of the said Statute.

PER CURIAM: The petitioner was prosecuted under the provisions of the Act respecting Tavern Keepers and the sale of intoxicating liquors, for "having kept a house of public entertainment." This allegation constitutes no offence and the proceedings had were not therefore in pursuance of the said act. It is necessary to qualify the keeping of such a house of public entertainment, by alleging that it is for the reception of travellers and others. The simple allegation of keeping a house of public entertainment is not sufficient to bring this suit within the provisions of Chap. 6, Cons. S. L. C., as it may have been a Circus or a Theatre, which are also houses of public entertainment. Conviction quashed. (7 *J.*, p. 107.)

OLIVIER et ARMSTONG, attorneys for Petitioner.

PICHÉ, for Respondent.

COPARTNERSHIP.—DECLARATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 21st February, 1863.

Before MONK, Justice.

CASSANT *vs.* PERRY.

Held: That it is not competent for the payee of notes signed with the name of a copartnership firm, to bring an action against one of the partners alone, for the amount of said notes unless it is especially alleged, in the Plaintiff's declaration, that said copartnership had been dissolved previous to the institution of the action.

2° That, where notes are signed with the name of the copartnership firm and an action is brought against one of the partners individually for the whole amount, the statement made in Plaintiff's declaration, "that, at the periods when the notes were made, one of the partners, who some weeks ago left Canada to go to the United States, and the Defendant were in copartnership," is not a sufficient allegation of dissolution of the copartnership.

3° That Plaintiff will be allowed to amend his declaration by stating that the copartnership had been dissolved previous to the institution of the action on payment of thirty shillings costs.

The declaration set forth, that, at the different periods therein after mentioned, Wm W. Morrow, who had left Canada some weeks ago to go to the United States of America, and Defendant, were merchants in copartnership under the name of Morrow and Perry: that, at Montreal, on the 24th September, 1860, Morrow and Perry then in copartnership made their Promissory Note for $98.50, signed with their copartnership name, payable four months after date, for value received to the order of Vital Cassant, the Plaintiff. Plaintiff also claimed for another note made and signed in a like manner, and concluded for judgment against Defendant alone as liable for the whole amount of the notes in all $264.34, and interest. This action was met by a *défense en droit*, which set forth that Plaintiff's action was unfounded in law, because it appears, by the declaration of Plaintiff that the present action is founded on two notes made and signed by the heretofore copartnership of Morrow and Perry, and by it due to Plaintiff: because it appears that the amount payable on said two notes is due conjointly and solidly by Wm. Morrow and George L. Perry, and not by the last alone in his own proper and private name: because it appears, that George L. Perry, was never, at any time, indebted towards Plaintiff in any sum of money nor for any cause whatever: that, in consequence, Plaintiff has no right of action against Defendant personally and privately, but only conjointly and solidly with Morrow. At argument, Ricard, for Defendant, contended that the notes having been signed with the copartnership name of Morrow and Perry, and there being no allegation in Plaintiff's declaration of a dissolution of copartnership, the obligation to pay under said notes was a joint and solid one. Defendant could not be selected and sued alone in his individual name, but must be sued in conjunction with his partner whose name was on the notes with his own. Mousseau, for Plaintiff, represented that the words in Plaintiff's declaration that at the periods when the notes were made, one of the partners, who some weeks ago left Canada to go to the United States, and Defendant *were* in copartnership was a sufficient allegation of the dissolution of the firm of Morrow and Perry. He also argued that the dissolution of the copartnership was admitted by Defendant in his *defense* where he referred to two notes made and signed by the *heretofore* copartnership of Morrow and Perry.

Per Curiam: There is no allegation in Plaintiff's declaration which sufficiently shews that there is a dissolution of the firm of Morrow and Perry who signed the notes in question. Under these circumstances, the *défense en droit* of Defendant is well founded. But a motion to amend his declaration by

inserting the words "that, before the institution of this action and a long time before, the partnership existing between Morrow and Defendant in this action was dissolved" having been made to the Court, the Court will grant the amendment on payment by Defendant to Plaintiff of thirty shillings costs. (7 *J.*, p. 108.)

MOUSSEAU and LABELLE, for Plaintiff.

L. RICARD, for Defendant.

CERTIORARI.--SIGNIFICATION.

SUPERIOR COURT, Sorel, 19th February, 1863.

Coram BADGLEY, J.

Ex parte Roy, Petitioner for a writ of Certiorari.

Held: 1o. That the return of the notice of motion for a writ of *Certiorari* made by a bailiff is sufficient.

2o. That such a return need not be proved upon oath. (1)

The Prosecutor in the Court below having appeared when the motion for a writ of Certiorari was made, objected to the granting of the motion upon the ground that the return of the notice of such motion was insufficient not being proved under oath, as required by the Imperial Statute 13, Geo. II, ch. 18, sec. 5, regulating proceedings upon Certiorari. Respondent contended, that it was the proper time to take advantage of this defect, as it would be too late afterwards. Paley, on Convictions, edition of 1856, p. 360, 4th alinea, p. 364: That the Imperial Statute, which required that the six days' notice should be "duly proved upon oath," had not been repealed by the Provincial Act, ch. 89, sec. 2, sub-sec. 2, Cons. Stat. L. C., which latter Statute applies only to the returns of the different proceedings had after the granting of the writ of Certiorari. That this reasoning had been applied in several instances by the Superior Court, in Montreal, in 1850 and 1851, in the following cases: No. 96, *Ex parte Pierre Chicoine*, 7th October, 1850: No. 153, *Ex parte Hiram Waite*, 3rd December, 1850; No. 146, *Ex parte Hiram Waite*, 7th January, 1851. In those cases, the proof of service of notice of motion having been made by the return of a bailiff, the Court decided that the English Statute and the rules which obtained in England, required proof of service by affidavit.

PER CURIAM: The practice now followed in the District of

(1) V. art. 1223 C. P. C.

Montreal is different, and requires no proof of service by affidavit. Motion granted. (7 *J.*, p. 109.)

Olivier and Armstrong, attorneys for Petitioner.
Germain, attorney for Respondent.
Lafrenaye, Counsel.

COUR DE CIRCUIT.—REGLEMENT MUNICIPAL.—PROCEDURE.

Cour de Circuit, Montréal, 11 octobre, 1861.

Coram Monk, A. J.

Daoust, Appelant, Aumais, Intimé.

Jugé: Que la Cour de Circuit siégeant en appel, sous l'acte des municipalités de 1860, a le pouvoir de casser un règlement d'une municipalité, et un jugement d'un tribunal inférieur quand bien même la nullité de ce règlement n'y aurait pas été invoquée.

2o. Qu'un règlement fixant le poids du pain et établissant une amende pécuniaire est nul.

3o. Que la partie qui a secondé l'adoption de ce règlement peut en invoquer la nullité.

Le 9 Avril, 1861, l'Appelant fut convaincu, à la poursuite de l'Intimé, inspecteur des poids et mesures, par la Cour des magistrats du village de la Pointe-Claire, d'avoir vendu, dans la municipalité de ce village, du pain ne pesant pas le poids de six livres, en contravention au règlement de la municipalité en date du 20 août, 1855, et condamné à payer une amende de dix chelins à la Corporation. Le règlement en question avait été adopté à l'unanimité, à une assemblée régulière des conseillers, et porte ce qui suit: Proposé par M. Brisbois, secondé par B. Daoust, (L'Appelant): "Que la pesanteur du "pain soit fixée à 6 livres, et que les initiales du boulanger "soient marquées sur le dit pain, et que pas moins de 10s. ni "au-dessus de 20s. soient payés par ceux qui manqueront à "ces règlements." L'Appelant en Cour inférieure n'invoqua pas la nullité du règlement, mais, s'attacha uniquement à faire une preuve contradictoire. L'Appelant interjeta appel du jugement de la cour des magistrats, suivant les dispositions de l'acte des municipalités, invoquant la nullité du règlement qui formait la base de la poursuite dirigée contre lui. A l'argument, *Girouard*, pour l'Appelant, prétendit que l'acte des municipalités, section 27, p. 9, donnait aux conseils locaux le pouvoir de fixer le poids du pain dans les limites de la municipalité, de forcer les boulangers à mettre leurs initiales sur le pain, et de confisquer le pain ne pesant pas le poids établi ou de mauvaise qualité, mais que c'était là les seuls pouvoirs qu'il leur donne: que le statut avait établi une peine contre

les contrevenants, savoir, la confiscation du pain, et que les conseils n'ont pas, en conséquence, le droit d'ajouter une nouvelle peine en établissant une amende pécuniaire, qui n'aurait pu être imposée que dans le cas où le statut n'aurait porté aucune pénalité, et qu'en conséquence, le règlement, en date du 20 août, 1855, du conseil du village de la Pointe-Claire était contraire à la loi et nul. *O. Loranger*, pour l'Intimé, soutenait que le tribunal en appel n'avait pas juridiction sur une question de validité d'un règlement qui n'avait pas été portée en appel au conseil de comté, comme le veut la loi, et qui n'avait pas même été soulevée en Cour Supérieure ; que, d'ailleurs, le règlement en question était légal ; le statut ayant été silencieux sur l'amende pécuniaire, et tout conseil municipal ayant, sous la section 24 par 23, le droit de passer tout règlement non contraire à la loi pour le bien général des habitants de la municipalité, le conseil municipal de la paroisse de la Pointe-Claire avait le droit de passer le règlement en question : que d'ailleurs le paragraphe 22 de la même section 24e, semblait décider formellement la question en sa faveur ; qu'en effet, sous cette clause de la loi, tout conseil municipal avait le droit d'imposer toute amende raisonnable, n'excédant pas vingt piastres et même l'emprisonnement en contravention de tout règlement du conseil : qu'en conséquence, le conseil de la Pointe-Claire, en imposant l'amende en question contre ceux qui violeraient son règlement, avait agi suivant la loi : qu'enfin il serait bien extraordinaire de permettre à l'Appelant de demander la nullité d'un règlement qui était son ouvrage. En réplique, Girouard dit que ces derniers pouvoirs donnés aux municipalités ne pouvaient pas être exercés, lorsque le statut établissait lui-même une amende contre les coupables, comme dans l'espèce actuelle, parce qu'alors l'intention stricte de la loi est que la punition n'aille pas au-delà de cette pénalité ; qu'enfin cette nullité apparaissant sur la face même du règlement, il était permis à toute personne de l'invoquer dans tout état de cause.

MONK, J. : La conviction prononcée par le tribunal inférieur doit être annulée, parce qu'elle repose sur un règlement municipal, nul de plein droit. Il est évident que le statut ayant imposé une peine contre les boulangers qui vendaient du pain n'ayant pas le poids prescrit par les autorités municipales, ces dernières n'avaient pas le droit d'en imposer ou d'en substituer une nouvelle. En fait de pénalité, les lois doivent toujours recevoir une interprétation stricte et étroite : et d'après ce principe, la Cour est d'opinion que le règlement du 20 août, 1855, aurait dû non pas imposer une amende pécuniaire, mais ordonner simplement la confiscation du pain, et que, pour cette raison, il est entaché d'une nullité radicale.

dont la cour doit donner le bénéfice à quiconque l'invoque. L'appel est maintenu, avec dépens. (7 *J.*, p. 110.)

CARTER et GIROUARD, pour l'Appelant.

LORANGER et FRÈRES, pour l'Intimé.

PENAL ACTION.—PROCEDURE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31 March, 1863.

Coram MONK, A. J.

Ex parte, Cousine for a writ of Certiorari, and Raphaël Bellemare. (Prosecutor in the Court below.)

Held: That in a prosecution for selling liquors without a license, the information need not be under oath.

In this case the information and conviction were for the offence of selling liquor without a license. On the 27th March, 1863, the Petitioner moved the Superior Court for a writ of Certiorari to issue, upon several grounds contained in his affidavit of circumstances, amongst others the following: Because no information under oath was ever exhibited to Charles J. Coursol, judge of the Sessions of the Peace for the City of Montreal, previous to the issuing of the writ of Summons in the said prosecution: because, in lieu of being under oath, the said information was merely signed by Raphaël Bellemare and not sworn to (1)

PER CURIAM: The provisions of the act respecting Tavern-keepers do not require that such an information be made or laid on oath, but, on the contrary, that act gives all the forms which are to be followed in such prosecution; so that the Section 24 of Ch. 103 of the Consolidated Statutes of Canada do not apply to such cases. Application refused. (7 *J.*, p. 112.)

KERR and NAGLE, Attorneys for Petitioner.

LAFRENAYE, Attorney for Bellemare.

(1) Vide Chap. 6, C. S., of Lower Canada, Sec. 43.

REPRISE D'INSTANCE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 21st February, 1863.

Coram MONK, J.

LAFOND, *et al.*, *vs.* CHAGNON, *and* LA CHAMBRE D'AGRICULTURE, Tiers Saisie, *and* HOOD, Curator *mis en cause.*

Held: That a person cannot be held to appear in a cause and take up the instance in place of the Defendant deceased by a rule *nisi* but by reason of an ordinary writ of summons and petition in due form. (1)

Defendant having died, and Thomas D. Hood having been appointed Curator to his vacant estate and succession, Plaintiff took out a rule *nisi* to compel the Curator to take up the instance as the representative of the Defendant.

PER CURIAM: The proper course was for Plaintiff to take out a writ of summons and petition annexed in the usual form, setting up the facts and the order required. The rule must therefore be discharged. (7 *J.*, p. 112.)

MÉDÉRIC LANCTOT for Plaintiff.

PROMISE OF SALE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, IN APPEAL.
Montreal, 12th March, 1857.

Coram LAFONTAINE, C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

JEAN-BAPTISTE LEBLANC, *Plaintiff in the Court below*, Appellant. *vs.* FRANÇOIS PELLERIN, *Defendant in the Court below*, Respondent.

Held: That in default of a vendor making cession of Letters Patent to a purchaser in the terms of an agreement between them to the effect that the purchaser should obtain such Letters Patent in the name of the vendor, the Court will give a judgment to have the effect of such cession as if a sufficient deed had been passed to that effect, and the judgment will have the force and effect which such a deed would have had and will invest the purchaser with all the rights title, interest and property which he could have acquired by such deed.

This was an appeal from the court of Queen's Bench, *Rolland, C. J., Day, J. Smith, J.*, (25th July, 1848), where Plaintiff's action was dismissed with costs. This judgment was reversed in appeal. It appears that, in 1841, Plaintiff Leblanc bought from Defendant all the argumentations and betterments which he had made upon a lot of crown land situate

(1) V. art. 441 C. P. C.

in the first range of augmentations of Kildare. This sale was made, according to the terms of the deed, pour et moyennant le prix et somme de cent soixante et quinze livres, douze sous, ancien cours, dues au Demandeur par le Défendeur, en vertu de deux billets dont le Demandeur a déclaré en avoir reçu le paiement par le moyen de la dite vente, avec la condition que le Demandeur obtiendrait les titres. But, in case Plaintiff did not succeed in obtaining letters patent, Defendant was to defray all expenses incurred by Plaintiff thereabout, and also to pay the two notes as if the sale had never taken place. On the 8th July, 1843, Plaintiff, in the name of Defendant obtained letters patent of the lot from the government, and paid, in consideration therefor, to the crown agent the sum of twenty pounds. After Plaintiff had thus obtained the letters patent, he demanded from Defendant a cession and transfer of all his rights and claims to the letters patent, and a declaration that they had been paid for and obtained by Plaintiff, in execution of the covenant created by the deed of sale before referred to. This Defendant refused to do, and Plaintiff consequently brought this action, and prayed: "Que le Défendeur soit condamné à lui faire délaissement et abandon des améliorations et du terrain susdit, et de faire cession et abandon, par acte suffisant que le Demandeur paiera, de ses droits, intérêts et prétentions dans les lettres patentes émanés en son nom, le 8 juillet 1843, du terrain suivant: "the northeast half of lot number twelve in the first range of the said augmentation of the township of Kildare, containing about one hundred acres more or less" avec déclaration que les lettres patentes ont été ainsi émanées et octroyées par l'entremise du Demandeur, et à raison du paiement par lui fait à la couronne, de la somme de vingt livres courant, à moins que le Défendeur ne paie au Demandeur, sous le délai de trois jours après la signification du jugement, la somme de deux cent cinquante livres courant, pour l'indemniser de ses dommages, dépenses et deniers payés par lui, et à défaut par le Défendeur de payer, dans le délai, la dite somme de deux cent cinquante livres au Demandeur, que le jugement tiendra lieu au Demandeur de cette cession des lettres patentes et de cette déclaration, comme si acte suffisant eût été dûment consenti à cet effet, et que le jugement aura la force et effet que tel acte aurait eu, s'il eût été fait, et qu'à l'avenir, le Demandeur sera investi de tous les droits, titres, intérêt et propriété qu'il aurait pu acquérir par tel acte" Defendant contended that he had not sold to Plaintiff, the fonds et propriété foncière of the lot, and, to support this plea, cited the deed of sale as follows: Pour sûreté et garantie des choses ci-dessus vendues, les vendeurs, (les Défendeurs), ont hypothéqué tous

leurs biens présents et futurs, et, par privilège spécial, la terre ci-dessus qui y reste affectée. The Defendant argued that he could not have mortgaged the lot unless he retained the absolute property and ownership of it. The Court of Appeal rendered the following judgment, reversing the judgment of the Court of Queen's Bench, and maintaining the conclusions of Plaintiff. "La cour, considérant que, par l'acte du dix mars, 1841, François Pellerin a vendu et cédé à Jean-Baptiste Leblanc, tous les droits qu'il pouvait avoir dans le lot de terre dont il s'agit : qu'il a été même stipulé que Leblanc aurait le droit "d'en prendre possession immédiatement," c'est-à-dire, sans attendre que les lettres patentes qu'il fallait obtenir du gouvernement, fussent émanées ; que, quelque défectueuse que soit la rédaction du susdit acte, l'interprétation ci-dessus est la seule qui puisse lui donner effet, suivant l'intention des parties : que Pellerin est tenu à son exécution, en autant que cette exécution peut dépendre de lui, et que, par conséquent, ses exceptions et défenses sont mal fondées : 2o. Considérant que, quoique l'Appelant Leblanc n'ait pu obtenir les lettres patentes du gouvernement, que pour la moitié du susdit lot de terre, il n'en a pas moins le droit de demander à l'Intimé l'exécution du susdit acte de vente quant à cette moitié, que les lettres patentes ayant été émanées au nom de l'Intimé comme premier occupant, l'Appelant est bien fondé dans la demande qu'il fait à l'Intimé de lui passer un acte de cession des droits qui ont été acquis à la propriété du terrain, en vertu des lettres patentes, et ce pour compléter le titre d'acquisition que l'Intimé est obligé de lui donner. 3o. Considérant, par conséquent, que, dans le jugement dont est appel, et qui déboute Leblanc de sa demande, il y a mal jugé : Infirme le jugement rendu le vingt-huit février, 1855, par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, et cette cour, procédant à rendre le jugement que la cour de première instance aurait dû rendre, condamne Pellerin à délaisser et abandonner à Leblanc, sous quinze jours de la signification du présent jugement, le terrain décrit aux susdites lettres patentes, avec les améliorations sur icelui, et de faire cession et abandon par acte suffisant que Leblanc paiera, de tous les droits, intérêts et prétentions que Pellerin a, dans les lettres patentes émanées en son nom le 8 juillet, 1843, sur le susdit terrain, avec déclaration que les lettres patentes ont été ainsi émanées et octroyées par l'entremise de Leblanc, et à raison du paiement par lui fait à la couronne, de la somme de vingt livres ; et à défaut par Pellerin de ce faire : le présent jugement, tiendra lieu à Leblanc de telle cession des lettres patentes, et de telle déclaration susdites, comme si acte suffisant eût été consenti à cet effet, et que le jugement aura la force et effet que tel acte

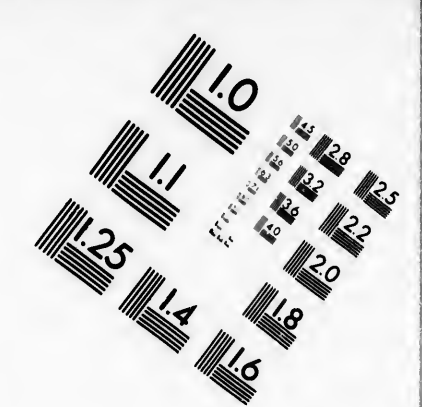
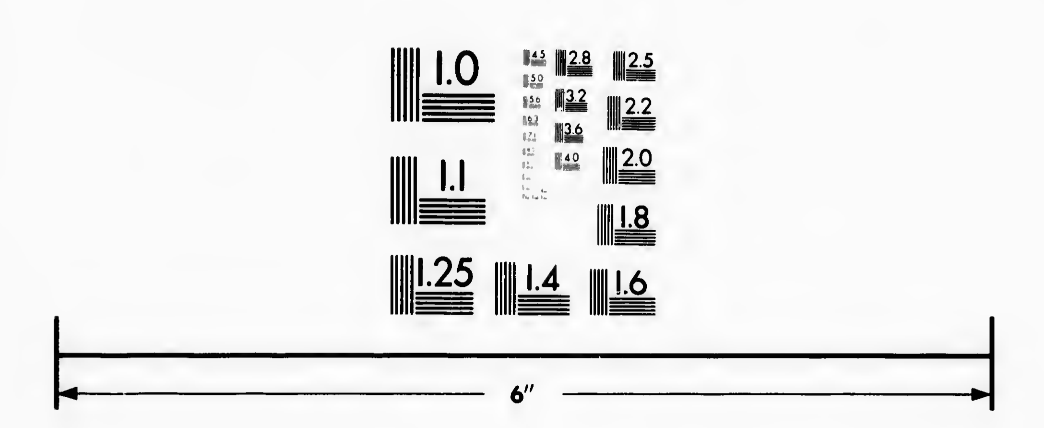


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)





aurait eu, s'il eût été fait, et Leblanc sera investi de tous les droits, titres, intérêts et propriété qu'il aurait pu acquérir par tel acte. (7 *J.*, p. 113.)

PEREMPTION D'INSTANCE.

SUPERIOR COURT, 13th May, 1851.

Coram DAY, J., MONDELET, J.

MCBEAN *vs.* CULLIN.

Held: That *péremption* will be granted in a case not contested and where the Defendant only appeared, if the Plaintiff allows the proceedings to lay over for three years. (1)

On the return of this case, Defendant appeared by Counsel, on the 29th July, 1846. No proceedings were had for more than three years since that appearance. On the 5th May, 1851, Defendant moved the Court for *peremption d'instance.*

PER CURIAM · Defendant has not pleaded, but Plaintiff has taken no proceeding, during a period of three years, and now Defendant moves for *péremption* upon this ground. It is competent for him to do so, though he has not pleaded; he can come by motion, because he is not bound to plead to a bad action.

" The court considering the cessation of proceedings upon the action brought by Plaintiff against Defendant, since the 29th day of July, 1846, date of the last proceedings, the said action in recovery of the sum of £250 as the value of certain quantities of pine timber, the property as alleged of him Plaintiff: Doth grant the motion and adjudge and declare the instance *périmée*, and, in consequence, doth dismiss the action, with costs against Plaintiff, as well of the instance and of the motion *en péremption d'instance.* (7 *J.*, p. 117.)

DAY, Attorney for Plaintiff.

A. & G. ROBERTSON, Attorneys for Defendant.

(1) V. art. 454, C. P. C.

FEES OF NOTARIES.—EVIDENCE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 15th December, 1852.

Coram SMITH, J., VANFELSON, J., MONDELET, J.,

TRUDEAU *vs.* DELANAUDIÈRE, *et al.*

Held: 1. That in an action for the recovery of fees by a notary for the passing of Deeds, the notarial copies of such deeds will be sufficient evidence. (1)

2. That the costs of an inventory and copy thereof must be borne by the surviving *conjoint* for one half and by the representatives of the deceased *conjoint* for the other half. (2)

Defendants were sued for the sum of £130, being the amount of fees due to Plaintiff, as *cessionnaire* of Jobin notary public, for the making of the inventory of the community of property heretofore existing between the late Hon. B. Joliette and his widow, one of Defendants: the other Defendant being his heir at law.

MONDELET, J.: The only evidence of debt is the inventory itself; although a notarial instrument is to be regarded as an *acte authentique* making proof for or against the parties, I do not think that it can make proof for the notary himself.

SMITH, J.: This deed must be considered authentic for this as well as for other purposes. It sets forth that it was made at the request of Mrs. Joliette, and was signed by herself. There cannot be better proof than her own name. It has been contended that she having renounced the *Communauté*, and this being an inventory of the goods of the community, she is not liable for the costs of such a deed, but it was made in order that she might judge whether it would be better for her to renonce or accept the community. (3) The only question which remains to be decided is whether the judgment should be given against her and the representatives of the other share of the community jointly and severally or against them each for one half. The court is of opinion that they are liable each for one half.

" La cour, condamne les Défendeurs, ès noms et qualités, conjointement, à payer au Demandeur la somme de £130, comme suit, savoir: la Défenderesse la somme de £65, moitié de celle de £130, et le Défendeur l'autre moitié de la dite somme, dette due par les Défendeurs, ès noms et qualités, pour diffé-

(1) V. art. 1203, C. C.

(2) V. art. 1726 et 1732, C. C.

(3) V. art. 1382, C. C.

rents ouvrages et vacations professionnels faits et fournis par Jobin, Notaire, pour la Défenderesse et la succession de feu l'Honorable B. Joliette ; les dits ouvrages consistant dans le procès-verbal de l'inventaire des biens de la communauté qui a existé entre la Défenderesse et feu B. Joliette, avec vacation pour l'estimation du mobilier de la communauté et autres procédés relatifs au dit Inventaire, avec aussi la copie du dit inventaire. Mr. le juge MONDELET ne concourt pas dans ce jugement. (7 *J.*, p. 118.)

PELLETIER & PAPIN, Avocats du Demandeur.

DRUMMOND, LORANGER & DUNLOP, Avocats des Défendeurs.

PRIVILEGES ON SHIPS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March, 1862.

Coram SMITH, J.

JASMIN *vs.* LAFANTASIE.

Held: That a captain has no lien for wages on the vessel of which he is captain. (1)

In this cause, a *saisie-arrêt simple avant jugement* issued on the affidavit of Plaintiff to attach a certain barge then in the Lachine Canal called the Rosa. The affidavit set forth that Defendant who was proprietor of the barge Rosa, of which Plaintiff was captain, was indebted to him in the sum of $692.05, for wages as such captain. That Defendant had left the limits of this province, and, without the benefit of a writ of *saisie-arrêt* before judgment to seize the barge, he would lose his debt and sustain damage. The declaration also alleged that Plaintiff, as captain, had a special privilege and lien on the barge for the payment of his wages, and concluded that the court should declare so, and that the barge might be sold to pay Plaintiff's debt by special privilege.

PER CURIAM : Plaintiff prayed that Defendant be condemned to pay him the sum of $692.05 and that the barge in question be declared specially hypothecated for the debt. These conclusions cannot be granted. The court is not aware of any law by which a captain has a *lien* on a vessel. It is true that, in one or two cases, the court has declared that a *lien* existed ; but these were very exceptional cases, and the rule was against them. Judgment would go simply for the amount claimed, with

(1) V. art. 2383, C. C. Merchant and Shipping act of 1854, s. 191.

interest, without any hypotheeation being conferred. (7 *J.*, p. 119, et 13 *D. T. B. C.*, p. 226.)

J. DUHAMEL, for Plaintiff.

CAPIAS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March 1862.

Coram SMITH, J.

DUMONT *vs.* GOURT.

Held: 1st. That the alienation of real estate alone, is not a sufficient cause for an action of *capias ad respondendum*.

2. When a debtor alienates his estate, and declares that he received for it a less sum than he actually received, there is an intention on his part to deceive his creditors if he has no other property to meet his liabilities, and, an affidavit containing such allegations will be sufficient to maintain a *capias ad respondendum* against him. (1)

The affidavit contained the usual allegations of indebtedness, and the belief of deponent that Defendant had secreted his effects for the purpose of defrauding his creditors, and, as grounds for his belief, deponent urged " that, by deed of sale " dated the 12th March, 1863, Defendant sold to Michel " Laforce a lot of land in the city of Montreal, for the sum of " $1470, of which sum Defendant, in the said deed of sale, " admitted to have received $198. That it was untrue that " Defendant had only received. on the price of said land the " sum of $198.00, but, on the contrary, he had received the " sum of $466, and that it was by collusion with Laforce that " Defendant acknowledged to have only received the sum of " $198.00, and by fraud and for the purpose of defrauding his " creditors generally and Plaintiff in particular. That Defen- " dant has no other property but the land so sold. And that " having been for a long time insolvent and incapable of " paying his debts he had sold the said land for the sole " purpose of defrauding his creditors: and that, without the " benefit of a *capias ad respondendum* against the body of " Defendant, he would lose his said debt and sustain damage." On the 21st March, 1863, Defendant made a motion to quash and set aside the writ of *capias ad respondendum* on the following among other grounds " Because, in law, the facts set forth in the affidavit do not constitute a ground of fraud sufficient to justify the emanation of a writ of capias."

(1) V. art. 798, C. P. C.

Per Curiam: This was a motion to quash a capias. The debtor did not complain of the causes of action, but alleged that, in the motion to quash, there were no sufficient grounds for Plaintiff's belief that Defendant was about to secrete his effects, &c. It was alleged, in the affidavit, after the grounds of action had been set up, that Plaintiff was credibly informed that Defendant was on the point of concealing, and, in fact, had commenced to conceal his effects. The affidavit went on to state that Defendant, in March, sold certain real property, and that he received $466, but pretended that he had only received $198. Defendant contended that the alienation of real estate alone was not a ground for taking out a *capias*. This was true. It was not stated that the deed of sale was simulated or for the purpose of fraud. The deed of sale stood unassailed. But Plaintiff went further, and affirmed that Defendant had made a false declaration, with fraudulent intent, pretending that he had only received $198, whereas he had received $466. Now, as it was alleged in the affidavit that the man had no other property in the world to meet his liabilities, the court believed that there was sufficient evidence of an intention to deceive, and it could be no other than his creditors that he desired to deceive. All deception of this kind implied fraud. The motion to quash would therefore be rejected, but without costs. Motion rejected. (7 *J.*, p. 119.)

Mousseau & Labelle, for Plaintiff.

Leblanc & Cassidy, for Defendant.

CAPIAS.—BAIL-BOND.

Superior Court, District of St. Francis,
Sherbrooke, 13th March, 1863.

Coram Short, J.

Vannevar *et al.*, *vs.* DeCourtnay.

Held: That, where judgment has been rendered in a cause instituted by a *Capias ad Respondendum*, petition on behalf of the parties who became bail to the sheriff, to be allowed to put in special bail cannot be granted. (1)

The action was commenced at Sherbrooke, and Defendant was arrested at Quebec. James A. Sewell and Thomas Anderson became bail, in the usual manner, for his appearance to answer the suit. The action was instituted 31st August, 1861. The

(1) V. art. 824, C. P. C.

Defendant appeared and contested the action upon the merits, and final judgment was rendered against Defendant on the 17th June, 1862. During the pending of the suit, application was made to the resident judge, at Sherbrooke, in vacation, on behalf of Defendant to be allowed to put in special bail at Quebec. The Honorable Judge expressed the opinion that he had no power to grant the petition. The petition was not persisted in, and was not filed of record. On the 13rd of March, 1863, nine months after the rendering of the judgment, and after an action had been instituted against the bail, a petition was presented to the Superior Court, at Sherbrooke, on behalf of the bail to be allowed to put in special bail. This petition was sustained by affidavits; one by Defendant stating that he was unable to put in special bail in the District of Saint Francis, and that he had applied to be permitted to do so at Quebec, and that he had only lately ascertained that his petition had not been granted, and one by the before named James Sewell, to the effect that he would have put in special bail before had he not supposed that it had long since been done.

Short, J.: There is no doubt but that the law should always be construed in favor of the liberty of the subject; however, in the present instance, there is no room left for construction. The law is plain and positive. Under the law as it existed prior to the passing of the Act 12th Victoria, C. 42, special bail could be put in at any time, even after judgment. By the 21st section of that act, it is enacted that " Nothing in this Act shall prevent any person arrested under any writ of *Capias ad Respondendum* from putting in special bail to the action, as permitted by the law of lower Canada, excepting only that such special bail shall not be received unless put in on the return day, or at any time before the return day, or within eight days next after the return day." This is very explicit as to the time when such special bail shall be put in. It is urged that the next clause of the same section provides " that the court may, upon special application and sufficient cause shown extend the time for putting in such special bail." This appears, to contemplate an application, for causes to be assigned, for extension of the time beyond eight days after return, which application, should be made before the expiration of such delay. The present is not such an application: and, if it were, there are no causes assigned, except what in law amount to simple neglect of the parties in default. The case of *Campbell* vs. *Atkins* has been cited. (1) Inasmuch as the

(1) Les sections 4 et 5 de l'Ordonnance du Lieutenant-Gouverneur et du Conseil Législatif de la Province de Québec, de 1785, 25 George III, ch. 2, étaient en ces termes: " IV. Que dans tous et chacun cas, où un, ou plusieurs juges d'aucune des cours des plaidoyers communs, seront ou

Court of Appeals were divided upon that case, it cannot be regarded as authority binding upon this court. This question has been then elaborately discussed. The Honorable Chief Justice LAFONTAINE has reasoned with much force that the

pourront être satisfaits par le serment du Demandeur, ou de son teneur de livres, de son commis ou de son procureur légal, que le Défendeur est personnellement endetté au Demandeur d'une somme excédant dix livres sterling, et qu'ils pourront aussi être satisfaits par le serment du Demandeur, ou de quelque autre particulier, que le Défendeur est sur le point de quitter la province, et que ce départ pourrait priver le Demandeur de son recours contre tel Défendeur, il sera et pourra être loisible à un, ou plusieurs des juges d'aucune des cours de plaidoyers-communs d'accorder un capias, ou prise de corps contre tel Défendeur, qui sera adressé au shérif, comme ci-dessus, pour prendre tel Défendeur à caution, pour sa comparution au rapport de tel ordre; et au défaut de cautions, de le confiner en prison, où il sera détenu, jusqu'à ce qu'il puisse donner cautions spéciales, ou jusqu'à deux jours après l'exécution qui pourra être obtenue par le Demandeur, si le jugement est en sa faveur." "V Pourvu toujours que, si aucun Défendeur ainsi sous cautions spéciaux, se rendra lui-même, cour tenante, pendant l'action, ou dans tout autre temps après le jugement obtenu, ou se remettra entre les mains du shérif du district, où la cour peut avoir juridiction, à tout temps, dans quinze jours après celui où le Demandeur peut légalement demander et obtenir exécution par un *capias ad satisfaciendum*, sur jugement décerné alors et dans tels cas, telle comparution du Défendeur sera tenue, prise et considérée comme une décharge pour les particuliers engagés comme cautions spéciaux d'un tel Défendeur."

La section 1 du chapitre 2 des statuts du Bas-Canada de 1825, 5 George IV amendant les dispositions ci-dessus de l'Ordonnance de 1785, 25 George III, décrétait : "que depuis et après la passation de cet acte, la condition de toute reconnaissance pour un cautionnement spécial ou cautionnement de l'action, qui doit être donné ou fourni par aucun Défendeur qui aura été arrêté, sous et en vertu d'aucun mandat de *capias ad respondendum*, émané en conformité aux dispositions de la dite Ordonnance, sera telle que les cautions ne pourront devenir responsables, à moins que le Défendeur ne laisse cette province, sans avoir acquitté la dette, ainsi que l'intérêt et les frais de l'action qui aura été intentée, et tel cautionnement spécial pourra être fourni et donné en aucun temps après l'arrestation du Défendeur, en vertu de tel *capias*, soit devant la Cour d'où sera émané le dit capias, ou devant aucun juge de telle Cour, en aucun temps avant ou après le jugement."

La section 3 du chapitre 42 des Statuts de 1849, 12 Victoria, se lit comme suit : "que tout Défendeur arrêté, après la passation du présent acte, et détenu en prison en vertu d'un writ de *capias ad respondendum*, sera mis en liberté en tout temps avant la reddition du jugement final, si le dit writ a été émané avant jugement, et en tout temps avant le jugement déclarant valide l'arrestation en vertu de tel writ, si le dit writ a été émané après jugement, s'il donne bonne et suffisante caution à la satisfaction de la Cour où sera rapportable ou rapporté la procédure en vertu de laquelle il aura été arrêté, ou à la satisfaction de tout juge de la dite cour, qu'il se remettra sous la garde du shérif, aussitôt qu'il en recevra l'ordre de la dite Cour ou d'aucun juge d'icelle, ou sous un mois après la signification de tel ordre faite à lui ou à ses cautions en la manière ci-après prescrite, et qu'à défaut de ce faire, il paiera au Demandeur la dette, avec les intérêts et les frais; et la cour ou juge devant lequel le dit cautionnement sera donné, exigera des cautions qu'ils justifient de leur solvabilité, sous serment (si le Demandeur le requiert); et lorsque le Défendeur aura donné caution comme susdit, le juge ou la cour devant qui le dit cautionnement aura été donné, ordonnera que le Défendeur soit mis en liberté; et pareillement, tout Défendeur ainsi arrêté, mais qui aura donné caution au shérif, tel que ci-après prescrit, aura droit, le jour du rapport du writ ou en tout temps auparavant, ou dans les huit jours qui suivront celui du rapport, de donner bonne et suffisante caution devant la Cour dans laquelle la procédure en vertu de laquelle

Act 12th Vic., C. 42, having for its express object the abolishment of imprisonment for debt, and only permitting the arrest of the debtor to secure an assignment of his assets for the benefit of his creditors, and imprisonment only as a punishment for fraud, and such imprisonment limited to one year, is inconsistent with the existence of a right to put in special bail, and that it must necessarily be considered as abrogating

il aura été arrêté sera rapportable ou rapportée, ou devant tout juge d'icelle, portant qu'il se remettra sous la garde du shérif aussitôt qu'il en sera requis par un ordre de la dite Cour, ou de tout juge d'icelle, donné en la manière ci-après prescrite, ou sous un mois après la signification de tel ordre, faite à lui ou à ses cautions ; et qu'à défaut de ce faire, il paiera au Demandeur sa dette, avec les intérêts et les frais ; et les cautions justifieront de leur solvabilité sous serment, si le Demandeur l'exige ; et après que tel cautionnement aura été ainsi offert et reçu, il sera déchargé de celui qu'il aura donné au shérif."

La section 12 du dit statut de 1849 contenait la disposition suivante : "que rien de contenu dans cet acte n'empêchera aucune personne arrêtée en vertu d'un *capias ad respondendum*, de donner un cautionnement spécial à l'action, tel que permis par les lois du Bas-Canada maintenant en vigueur, excepté seulement que le dit cautionnement spécial ne sera pas reçu à moins qu'il ne soit donné le jour du rapport, ou en aucun temps avant le dit jour, ou dans les huit jours qui suivront immédiatement le jour du rapport ; pourvu toujours, qu'il sera au pouvoir de la cour, sur demande spéciale, et quand il sera montré une cause suffisante, de prolonger le temps pour donner tel cautionnement spécial."

La section 13 de ce statut contient la disposition suivante : "le cautionnement qui sera reçu par tout shérif pour la comparution de tout Défendeur arrêté et admis à caution, sera et pourra être rédigé d'après la formule contenue dans la cédule numéro quatre, annexée à cet acte ; et il est par le présent déclaré et statué, qu'aucun shérif ne sera responsable envers aucun Demandeur à la poursuite duquel un Défendeur en aucun temps avant la passation de cet acte, aura été arrêté et admis à caution par tel shérif, ou envers aucun Demandeur à la poursuite duquel un Défendeur sera arrêté et admis à caution après la passation de cet acte, si les cautions reçues par tel shérif étaient, lorsqu'elles ont été reçues comme telles, solvables ou réputées solvables, jusqu'à concurrence du montant de la somme pour laquelle aura été donné le cautionnement que les dites cautions auront consenti." Et la section 14 dit "que rien de contenu dans le présent acte n'empêchera aucun shérif de transporter aucun cautionnement qu'il est tenu de recevoir en vertu du présent acte, en la manière que les cautionnements ci-devant reçus par un shérif pourraient être transportés."

Il a été jugé, sous ces dispositions, que le débiteur arrêté sur *capias*, et qui a fourni au shérif le cautionnement mentionné dans la sec. 13 du S. de 1849, et la formule no. 4 annexe à ce statut (*cette formule est semblable à celle donnée par le Code de Procédure en rapport avec l'article 828*) peut, après que le shérif a transporté ce cautionnement au demandeur, qui l'a transporté à un de ses créanciers sans lui transporter la dette faisant la base du *capias* et après que ce dernier cessionnaire a poursuivi les cautions sur cautionnement et, pendant que cette poursuite est pendante, fourni dans la cause originaire, et sans avis au dernier cessionnaire du cautionnement et longtemps après le délai de huit jours après le rapport du bref de capias et jugement dans la poursuite émanée avec *capias*, le cautionnement spécial mentionné dans la s. 12 du statut de 1849, et par là se libérer du cautionnement fourni au shérif et libérer les cautions mêmes vis-à-vis de ce cessionnaire, et ainsi détruire la poursuite de ce dernier contre les cautions. (*Campbell* et *Atkins et al.*, C. S., Québec, 18 avril, 1857, MEREDITH et BADGLEY, J. Ce jugement fut porté en appel, et la Cour d'appel étant également divisée, il fut confirmé. Le juge CARON était pour confirmer le jugement, et le juge en chef LAFONTAINE pour le renverser. 7 R. J. R. Q., p. 113.) V. art. 824 C. P. C.

such right. Without however entering upon that point, the court is clearly of the opinion expressed by the Honorable Chief-Justice in that case, that, after judgment has been rendered, a forfeiture has been obtained in favor of Plaintiff, and that a petition of this nature cannot be granted. I regard the law as having precluded the court from exercising any discretion whatever upon this point. The delay has been peremptorily fixed by the statute, and the court has only power upon sufficient cause shewn to extend that delay. This cannot surely be understood as giving the court such power, after the instance has terminated by final judgment. This petition must be rejected. Petition rejected. (7 *J.*, p. 120.)

LANGLOIS and POZER, for Petitioners.

SUNBORN and BROOKS, for Plaintiff.

COUR DES COMMISSAIRES.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 avril, 1863.

Coram BADGLEY, J.

Exparte GEORGE CHARBONNEAU, Requérant pour writ de certiorari.

Jugé: 1° Que l'état d'héritier n'est pas l'état proprement dit d'une personne. (1)

2° Que la juridiction des Cours des Commissaires pour la décision sommaire des petites causes s'étend aux actions des créanciers d'un défunt contre son héritier. (2)

Au terme d'avril, Morin et Marchand, pour le requérant, faisaient application à la Cour Supérieure pour un *writ de certiorari*, se plaignant de l'illégalité d'un jugement de la Cour des Commissaires de la paroisse de Ste. Rose, parce qu'il y avait été poursuivi et condamné en qualité d'héritier, et que, suivant la sec. 8e du Chap. 94 des Statuts Refondus du Bas-Canada, la juridiction des Cours des Commissaires ne s'étend pas à *l'état civil des personnes en général*, c'est-à-dire, à l'état d'héritier qui tient à l'état civil, et qu'ainsi la dite Cour Inférieure manquait de juridiction. En réponse, Girouard, pour les commissaires, soutenait que l'action contre un héritier étant une action purement personnelle, et la sec. 7e du même chap. 94 des Statuts Refondus du Bas-Canada donnant aux Cours des Commissaires juridiction sur *toutes affaires purement*

(1) V. art. 49, C. P. C.

(2) V. art. 1188, C. P. C.

personnelles et mobilières, la loi donnait pouvoir à la Cour des Commissaires de la paroisse de Ste. Rose d'entendre, juger et décider la poursuite intentée contre le requérant, en sa qualité d'héritier ; que, d'ailleurs, la qualité d'héritier n'était pas l'état civil de la partie, mais n'était seulement qu'un droit découlant, comme tous les autres droits civils, de l'état civil du requérant.

PER CURIAM : Le requérant est poursuivi devant la Cour des Commissaires de la paroisse de Ste. Rose, en sa qualité d'héritier de sa mère ; il se plaint du défaut de juridiction de la Cour : et, après avoir examiné soigneusement le statut qui a rapport aux Cours des Commissaires, je ne vois rien qui puisse empêcher celle de Ste. Rose d'entendre, juger et décider une affaire pour laquelle il est poursuivi en qualité d'héritier, c'est-à-dire en d'autres termes, suivant les dispositions de notre droit des successions, une affaire purement personnelle, sur laquelle toute Cour des Commissaires a juridiction. D'ailleurs, la qualité d'héritier n'est pas l'état civil de la partie. Son droit de citoyen du Bas-Canada n'est pas en effet mis en litige. *Writ* refusé. (7 *J.*, p. 122.)

M. M. MORIN et MARCHAND, Avocats du Requérant.

D. GIROUARD, Avocat des Commissaires.

SUBSTITUTION OF ATTORNIES.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March, 1863.

Coram MONK, J.

HUOT dit DELUDE, *vs.* MCGILL *et al.*

Held : That when the Attorneys in a record consent to a substitution of Attorneys, the substitution is complete on notice given to the opposite counsel, no adjudication being necessary.

An *exception à la forme* was fyled by Defendant. A motion was made to reject it. At argument, Dunlop, C. J., urged that the motion was made by " Loranger and Loranger," whereas the attorneys who signed the declaration were " Loranger et Frères," and that no change of attorneys could take place without the permission of the court : that Defendant's attorneys had been served with a copy of a motion of substitution, but, until such motion was allowed, no change of attorneys could take place according to the rule of practice of the court, No 20, and, therefore, the motion could not be received.

PER CURIAM : Defendants fyled an *exception à la forme* on the 28th January last. It was served on Plaintiff's Attorneys,

by a Baillift who made his return in rather brief terms as follows: "I, the undersigned bailliff, did on the twenty-eighth day of January, &c., serve the within exception on Messrs. Loranger, attorneys." A motion was now made, signed by "Loranger et Loranger," to reject this *exception* on two grounds: first, because the service was not valid, as the bailliff had made no election of domicil, and, second, that, as Plaintiff's attorneys were now "Loranger et Frères," "a service on Messrs. Loranger was no service." Defendant's counsel, in reply, contended that the firm had been "Loranger et frères," and that there had been no legal substitution of attorneys: he had been served with a notice of substitution, but there had been no judgment of court confirming the substitution, which therefore was not complete. The court was of opinion that this was not a case where an election of domicil was necessary by the bailliff. It was also evident that Plaintiff's counsel had been properly served. When the attorneys on one side consent to a substitution, the opposite party can have no interest in it: a notice of substitution to him is quite sufficient. No adjudication is necessary to complete the substitution. Motion rejected. (7 *J.*, p. 123.)

LORANGER et FRÈRES, for Plaintiff.

DUNLOP and BROWN, for Defendant.

CAPIAS.—BAIL.

SUPERIOR COURT, Montreal, 1st December, 1862.

Coram MORIN, J.

MILES *vs.* ASPINALL.

Held: That on cause shown, a Defendant arrested under *capias* will, on his own petition, be allowed to give sufficient special bail, after the eight days after day of return of cause and even at any reasonable time thereafter depending on *cause* shewn, and diligence made. (1)

Defendant was arrested under *capias*, at Montréal, on the 5th September, 1862, and gave bail to appear the 30th September, 1862, (day of return of cause). On return of action, an appearance was entered for Defendant who was foreclosed from pleading the 15th November. On the 20th November, Defendant *petitioned* the court to be allowed to give special bail according to provisions of Statutes L. C. Cap 87, Sec. 3, page 809. PERKINS, J. A., submitted: Defendant was arrested

(1) V. art. 824, C. P. C.

the day of his departure for England, and only reached Father Point, on his return, the seventh of October, and set about, on his arrival in Montreal, to procure special bail. Petitioner was disabled for days by sickness, and now offers excellent bondsmen. That the Sec. 3. cap. 87, Con. Stats Lower Canada, did not set eight days *de rigueur*, and that, under first bond, the sureties were certain of being bound for debt and under recognizance of special only bound if debtor left Lower Canada before discharging his debt. The law gave the remedy, and even a judge could extend the time, in this cause petitioner asked delay to enter recognizance and save his person from imprisonment. Counsel cited: *Vallée* vs. *Lefeivre et al.*, S. C. Montreal, 1860. (1) *Campbell* and *Atkins et al.*, Quebec, before Court of Queen's Bench. appeal side. (2) Doherty for Plaintiff contra. The sheriff has assigned the bail bond, and the court could not set aside or overlook such assigament. Defendant could not alone petition, but the bail should have done so as in *Vallée* vs. *Lefebvre et al.* The delay of weeks made petitioner too late, and cause shown was insufficient.

Monk, J. After *délibéré*, said: He was convinced that the decision in *Campbell* and *Atkins*, had given rise to delays in giving special bail never intended by the legislature. He felt bound to follow that decision, though he believed it was not according to the statute. In this case, cause shewn was good and it was immaterial whether petitioner moved alone or with his bail. In *Vallée* vs. *Lefebvre et al.*, this court had allowed special bail to be entered even after judgment in the original cause, and an action against the bondsmen. Petition granted, special bail to be given within three days. (7 *J.*, p. 124.)

M. Doherty, for Plaintiff.

J. A. Perkins, jr, for Defendant and Petitioner.

LOUAGE D'UNE MAISON POUR DES FINS DE PROSTITUTION.

Circuit Court, Montreal, 11th March, 1854.

Coram Bruneau, Justice.

Garish *vs.* Duval.

Held: That no rent can be recovered by an action at law, for premises leased for the purpose of keeping a house of ill-fame. (3)

This was an action for £30, for rent. Defendant pleaded that the house had been rented to her for illegal purposes, to

(1) 9 L. C. Rep., p. 74.

(2) *Suprà* p.

(3) V. art. 990 C. C.

wit : for the purpose of keeping a house of ill-fame. This fact having been proved ; the action was dismissed, with costs.

PER CURIAM : This is a good plea. This contract of lease is, in its face, an immoral contract, which no court of justice can sanction. Pothier, *Traité du contrat de louage*, n° 24." La cour déboute cette action, mais sans frais." (7 *J.*, p. 127.)

DUMAS and CHERRIER, attorneys for Plaintiff.
MORRISON, attorney for Defendant.

BILLET POUR DETTE DE JEU.

COUR DE CIRCUIT, Ste Scholastique, 12 mai 1863.

Coram SMITH, juge.

BIROLEAU, *vs.* DEROUIN.

Jugé : Qu'un billet à ordre, consenti pour dette de jeu, est nul, quoique transporté à un tiers de bonne foi et avant échéance. (1)

Le 2 novembre 1862, le Défendeur signa un billet en faveur de V. Gratton, payable sous 4 mois, à lui ou à son ordre, pour $3, valeur reçue. Endossement par Gratton en faveur du Demandeur, pour valeur reçue. Le Défendeur étant poursuivi pour le recouvrement de ce billet, a plaidé qu'il l'avait consenti au jeu de cartes en faveur de Gratton, que c'était pour cette considération qu'il l'avait signé. La preuve établit qu'en effet Gratton, pendant qu'il jouait aux cartes avec le Défendeur prêta $3 à ce dernier qui continua à jouer ; il fut prouvé aussi que le Demandeur ignorait ces faits quand Gratton lui transporta le billet et reçut bonne valeur pour le transport.

PER CURIAM : Le billet ayant une cause illicite et réprimée par les lois, est une obligation nulle, et ne peut jamais être recouvrée en justice. Dans l'intérêt de la société et de la conservation des bonnes mœurs, il convient de décourager ces sortes d'engagements. Le billet est en conséquence déclaré nul. Action déboutée. (2) (7 *J.*, p. 128.)

MARCIL, pour Demandeur.
FILION, pour Défendeur.

(1) V. art. 1927 C. C. et S. du C. de 1890, 53 V. ch. 33, sec. 38.

(2) Un Défendeur, arrêté sur capias et qui a fourni caution au shérif sous la disposition de la sec. 13 du ch. 42 des statuts du Canada de 1849, peut, deux ans après jugement rendu contre lui maintenant le capias et après l'institution d'une poursuite, par le Demandeur contre les cautions sur le cautionnement donné au shérif qui lui a été transporté, fournir le cautionnement sous la sec. 3 des dits statuts pour sa comparution, lorsqu'il en sera requis et mettre ainsi à

OPPOSITION A SAISIE D'IMMEUBLES.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 avril, 1863.

Coram BADGLEY, Justice.

LA COMPAGNIE DE PRÊT ET DE DÉPOT DU HAUT-CANADA, Demanderesse, *vs.* MOÏSE JULIEN, Défendeur, *and* STEPHEN MAY, Opposant.

Jugé: Qu'une opposition *à fin d'annuler* à la vente d'un immeuble, produite entre les mains du Shérif dans les quinze jours qui précèdent celui de la vente, ne peut pas être déboutée sur motion. (1)

L'Opposant avait produit, le treize d'avril dernier, dans les mains du Shérif du district de Beauharnois, une opposition *à fin d'annuler*, accompagnée de l'ordre d'un juge en chambre s'opposant à la vente d'un immeuble fixée au seize du même mois. Au terme de Mai, la Demanderesse fit motion que l'opposition fût déboutée comme ayant été produite dans les quinze jours précédant celui de la vente, contrairement aux dispositions de la 15e Sec. chap. 85, Statuts Refondus du Bas-Ca-

(1) V. art. 651 et 652 C. P. C.

nant le cautionnement fourni au shérif. (*Lefebvre* vs. *Vallée* et *Vallée et al.*, Requérants, C. S. Montréal, 30 décembre 1858, BADGLEY, juge, 7 *R. J. R. Q.*, p. 96.) (V. art. 825 C. P. C.)

La question si le porteur d'un billet promissoire est un porteur de bonne foi est en elle-même une question de droit et de fait. La mention de la propriété assurée au bas d'un billet promissoire donné à une compagnie d'assurance mutuelle pour prime d'assurance n'a pas l'effet d'empêcher le billet d'être négociable. Un billet ainsi donné à une compagnie d'assurance (la loi concernant cette compagnie déclarant que ces billets seront négociables mais qu'ils sont pour la garantie des assurés,) peut être transporté à un tiers dans le but de prélever des fonds pour les fins générales de la compagnie, et le porteur pour valeur, avant échéance a droit d'en recouvrer le montant de l'assuré signataire du billet qui ne peut lui opposer les moyens qu'il pourrait faire valoir contre la compagnie. Celui qui fait un billet à ordre le rend négociable, pour tout le monde, et il ne peut limiter sa responsabilité. Un billet promissoire négociable ainsi donné à une compagnie d'assurance peut être transporté valablement par l'endossement du secrétaire de la compagnie qui, au su des directeurs, a coutume de signer et d'endosser les billets pour la compagnie, et en exécution d'une convention faite par les directeurs eux-mêmes, qui en reçoivent le produit. Si l'endossement du secrétaire n'est pas autorisé, c'est à la compagnie à s'en plaindre, mais le prometteur du billet ne peut invoquer ce défaut d'autorité. L'autorité de signer et d'endosser un billet promissoire peut être spéciale ou implicite, et la reconnaissance de l'acte de l'agent fait présumer l'autorité, s'il a agi comme tel. L'autorité s'infère souvent des circonstances, comme si l'agent a été dans l'habitude de signer et d'endosser des billets, et que ces actes aient été reconnus par le principal. L'autorité de signer des lettres de change n'implique pas celle d'endosser des billets promissoires, et cependant la preuve de l'autorité de signer des lettres de change sera permise si le jury doit décider, par la preuve, s'il y avait autorisation d'endosser. Ainsi, par le fait qu'un commis de confiance a coutume de faire des chèques pour son principal et que, dans une circonstance, il a été autorisé à endosser, et que, dans deux autres occasions, le principal a reçu des deniers obtenus par son endossement, il a été jugé que le jury était justifiable de

nada, ordonnant que "aucune opposition à la vente d'un im-
" meuble saisi par le Shérif sur un bref d'exécution, soit afin
" d'annuler la dite saisie, soit afin de distraire le tout ou par-
" tie des dits biens saisis, ou afin de charge ou servitude sur
" les dits biens, ne sera logée dans les mains du dit shérif ou
" reçue par lui, à moins que ce ne soit avant les quinze jours
" précédant celui fixé pour la vente et adjudication des dits
" biens."

HENRY JUDAH, pour la Demanderesse, soutint que cette section du statut renfermait une disposition absolue, contre laquelle un juge siégeant en Chambre, ni même une Cour de Justice, ne pouvait intervenir, en accordant, même pour de bonnes raisons, une opposition que la partie a fait défaut de produire dans les délais prescrits, et il cita la décision rendue à Québec, par la Cour Supérieure, dans une cause de *Quebec Building Society* vs. *Atkins*. (1)

GIROUARD, pour l'Opposant, soutenait, au contraire, que le Statut n'avait pas eu l'intention d'enlever à une partie, qui a des droits incontestables de s'opposer à la vente d'un immeuble saisi, tous moyens d'obtenir justice : que la partie peut, en tout état de cause, s'adresser à un juge, lequel, après avoir pris communication des moyens d'opposition, l'accorde ou la refuse à sa discrétion ; que, s'il en était autrement, il en résulterait souvent de grandes injustices, et il finit par invoquer la pratique du district de Montréal, passée en jurisprudence, reconnaissant au Juge le pouvoir discrétionnaire d'accorder une opposition à la vente d'un immeuble, dans les quinze jours précédant celui fixé pour la vente.

PER CURIAM : Il ne s'agit pas ici de décider sur les moyens d'opposition invoqués par l'Opposant, la Cour ne pouvant pro-

présumer que le commis avait une autorisation générale d'endosser. C'est la loi quant aux particuliers et elle s'applique aux corporations qui, dans leurs transactions ordinaires, sont considérées comme des personnes naturelles. La règle du droit anglais que les corporations ne pouvaient contracter que par écrit et sous leur sceau commun est maintenant répudiée. Les corporations créées pour des fins de commerce ont, comme pouvoir inérant à leur objet, le droit de faire des billets promissoires, et il s'en suit que leurs officiers publiquement reconnus et qui ont l'administration ordinaire des affaires de la corporation ont le droit de faire ces transactions, sans avoir recours aux directeurs. L'autorisation s'infère aussi de l'acquiescement et de la ratification des actes de l'officier. Si l'endossement est dans les limites des pouvoirs de la corporation, la loi le fait tomber dans la catégorie des actes qui peuvent être ratifiés et confirmés. (*Wood et al.*, vs. *Shaw*, C. S. Montréal, 12 novembre 1858, BADGLEY juge, 7 *R. J. R. Q.*, p. 439.)

(1) L'ordonnance décrète qu'aucune opposition ne peut être faite à un bref de *Venditioni-Exponas*, mais la pratique a toujours été de les permettre avec la permission d'un juge, et une opposition afin d'annuler produite à un *V. Ex.* avec la permission d'un juge ne sera pas rejetée sur motion, comme produite illégalement. *The Quebec Building Society* vs. *Atkins et al.* et *Atkins et al.*, opp. C. S. Québec, 4 novembre, 1859, CHABOT, J., 7 R. J. R. Q., p. 312.

noncer sur le mérite qu'après contestation liée. Supposant donc que les moyens d'opposition invoqués sont bien fondés, le Juge qui l'a accordée en Chambre, dans les quinze jours précédant celui fixé pour la vente, avait-il pouvoir de le faire? Je n'hésite pas à me décider dans l'affirmative; la pratique de ce district a toujours, en effet, reconnu au Juge un pouvoir discrétionnaire dans ces cas: et ce serait commettre souvent une grande injustice aux parties que de leur refuser le moyen de faire valoir leurs droits. (1) Motion renvoyée. (7 *J.*, p. 129.)

M. HENRY JUDAH, Q. C., pour la Demanderesse.

M. GIROUARD, pour l'Opposant.

BREF DE SCIRE FACIAS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 29th April, 1854.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

Ex parte, PARADIS, for a writ of *Scire facias*.

Held: That the writ of *Scire facias* to cancel Letters Patent can only issue at the suit of the Crown. (2)

The Applicant, on the 17th April, 1854, moved that, upon the affidavit produced, her Majesty's writ of *Scire facias* do issue, and such further proceedings be thereupon had, according to law, in order that her Majesty's Letters Patent, issued at the City of Quebec, on the 20th June, 1853, under the great seal of this Province, in favor of Charles Seraphin Rodier, of the City of Montreal, in the said District, Builder, referred to in the said affidavit, and an exemplification thereof is of record in the office of the Prothonotary for this District of the Superior Court, be repealed, cancelled, and adjudged and declared void, unless cause to the contrary be shewn by Rodier, on the twenty-second day of April instant, or on such other day as this Court may appoint, sitting in Superior Court, in the the Court House, in this City, at the hour of half-past ten o'clock in the forenoon, the whole, with costs.

PER CURIAM: This application can only be made at the instance of the crown, and not at the instance of any individual or private party. The Court doth reject the motion. (7 *J.*, p. 130.)

CARTER, Attorney for Petitioner.

(1) La Demanderesse a appelé de ce jugement.

(2) V. art. 1035 C. P. C.

RESPONSIBILITY.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31st May, 1854.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

DANDURAND *et ux*, *vs.* PINSONNAULT.

Held: That damages will be awarded for injury by the bite of a dog inflicted upon a person who was at the time upon the Defendant's land, but not with the *animus* which constitutes a trespass.

PER CURIAM: This is an action for damages resulting from the injury sustained by Plaintiff's wife, by the bite of a dog belonging to Defendant which inflicted upon her so severe a wound that the physician who has attended her, feared, at one time, it would be necessary to amputate the limb. The only defence given by Defendant is, that Plaintiff's wife was, at the time of the accident, on Defendant's land. The facts as proved show that it occurred early in the spring, and that she had stepped out of the road and walked near Defendant's barn to escape from the mud. This was no trespass, any more than it is a trespass for a neighbor to go on a man's land to make a call. The *animus* which constitutes a trespass according to law was wholly wanting. The question, upon the facts proved, then, is simply this, has a man a right to keep a dangerous dog to protect his property? He has, no doubt; but it is at the risk of being liable to pay the last farthing of damages for injuries done to innocent persons. The court will always hold this doctrine in such cases as being the law, and will never sanction the idea that for the mere chance of catching a thief, a man is to expose his neighbor to danger. The doctor's bill amounts to £22; and, taking into consideration the pain suffered by Plaintiff's wife, the whole damages awarded are £50. La cour condamne le Défendeur à payer au Demandeur £50 de dommages causés à la dite Rozalie Picard par la mersure infligée par le chien appartenant au Défendeur. (7 *J.*, p. 131.)

LORANGER, Attorney for Plaintiffs.

TUGAULT, Attorney for Defendant.

SALE.—DELIVERY.

COURT OF QUEEN'S BENCH, FROM THE SUPERIOR COURT—DISTRICT OF MONTREAL, IN APPEAL,

Montreal, 1st June, 1863.

Coram AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., MONDELET, J., BERTHELOT, J.

THOMAS MCVEIGH, Defendant in the Court below, *and* FELIX LUSSIER, Plaintiff in the Court below.

Held: If five lots of land have been sold in one lot *en bloc* and for one price, and the purchaser has only obtained possession of four of them, the purchaser being sued for the balance of the purchase money, *is* well founded in pleading that the lot not delivered to him is worth a larger sum than the rest of the lots, and that therefore he is entitled to have the value of such lot deducted from the original price of the five lots.

The facts of this case are fully reported, in 10 *R. J. R. Q.*, p. 258, where the judgment of the Court below appears. The Defendant appealed from the judgment, and his appeal was maintained by the Court of Queen's Bench. The following are the observations made by BERTHELOT, J.:

BERTHELOT, J.: Lors de la vente par décret du 20 mars 1850, par le shériff du district de Montréal, l'Intimé a acheté 934 acres, Township de Litchfield, district de Montréal, étant les Nos. 12, 27 et 28 du 1er rang, No. 22 du 2me rang et le No. 20 du 4me rang pour £130. Le 12 juillet, 1862, Labadie, notaire, l'Intimé a vendu les nos. 12, 27 et 28 du 1er rang, no. 22 du 3me rang et no. 20 du 4me rang à l'Appelant pour un seul et même prix £140. £70 furent payés comptant, et £70 stipulés payable dans un an, mais sans intérêt. C'est pour le paiement de ces £70 avec intérêt du 12 juillet, 1853, que la présente action est intentée. L'Appelant a plaidé qu'il n'avait pu avoir la possession du lot 22 du 3me rang, lequel, allègue-t-il, valait £120 au temps de la vente, et qu'il avait le droit de faire déduire cette somme du prix de la vente, et conclut à ce qu'elle soit déclaré éteinte et que l'action soit déboutée, à moins que l'Appelant ne fût mis en possession du lot no. 22, 3me rang. Par une demande incidente, l'Appelant élève les mêmes prétentions que par son exception, et conclut au paiement de £150, à défaut par le Demandeur de le mettre en possession de ce lot no. 22 du 3me rang. L'Intimé a répondu que l'Appelant aurait pu être mis en possession du lot en question, et avait même poursuivi le nommé Thompson en possession d'icelui, mais qu'il avait

abandonné cette action, et que le Défendeur ayant acheté 934 acres en bloc ne pouvait réclamer une diminution du prix que proportionnellement au prix d'achat et à la superficie du lot qui lui manquait, et ce irrespectivement du plus de valeur que ce lot pouvait avoir sur les autres. La preuve a été faite au moyen d'une commission rogatoire exécutée au Portage-du-fort, et il est constaté que les nommés White & Thompson étaient en possession du lot no. 22, dès avant la vente par décret du 20 mars, 1850 ; que White avait un certificat de *patente* pour le sud-est du dit lot *en date* du 25 avril, 1850. Et qu'il avait vendu le tout à Driscoll dès 1838. Il est constaté satisfactoirement que l'Appelant n'a pu avoir la possession de ce lot, lequel depuis longtemps était possédé à titre de propriétaire par d'autres que son vendeur l'Intimé. Il semble avoir été admis par les parties, lors de l'argument, que la seule difficulté est de savoir si l'Appelant a le droit de demander une diminution du prix, à raison de la superficie seulement qui lui manque sur les 934 acres, ou bien à raison de la valeur de ce lot, eu égard à tous les autres lots. La Cour Supérieure semble avoir adopté le principe que c'était une vente *en bloc* proprement dite, tandis que c'est la vente de 5 lots différents, de différente superficie, et situés dans différents rangs, il est bien vrai pour un seul et même prix, mais cela ne repousse pas la possibilité que l'un des 5 lots pouvait à lui seul valoir autant que les 4 autres, soit à raison du sol ou des pouvoirs d'eau, et je ne vois pas comment il serait contraire aux principes qui règlent les droits du vendeur et de l'acheteur dans tout contrat de vente que, dans le cas actuel, il soit fait diminution sur le prix de vente à raison de la valeur réelle et particulière du lot que l'Intimé ne paraît pas pouvoir livrer à l'Appelant son acheteur. L'Intimé semble lui-même avoir reconnu ces principes, puisque, dans ses réponses, il conclut qu'au moins il soit ordonné une ventilation. Il deviendrait peut être nécessaire de nommer des experts pour établir la valeur de ce lot no. 22, 3me rang, pour qu'il en soit fait déduction du prix, à moins toutefois que la preuve ne nous paraisse suffisante pour en fixer nous-même la valeur, pour éviter par là à l'Intimé les frais d'une expertise. Je crois que l'on peut se fixer là dessus en s'en rapportant au témoignage de F. X. Bastien l'agent de l'Appelant, spécialement autorisé à passer le contrat pour l'achat des lots en question, et depuis, pour parvenir à un réglement avec l'Intimé. Il a répondu au 8me interrogatoire que le lot no. 22 valait, à raison de 10s. l'acre, ce qui ferait près de £68 pour le tout. D'après ce témoignage je serais disposé à dire que l'Appelant, qui était sur les lieux lors de son achat (qui a dû et pu savoir et connaître les actes de possession sur le lot en question par White et Durell) ne devrait

pas être admis à avoir plus que ce qu'il a pu, lui ou son agent *ad hoc*, regarder comme étant la valeur de ce lot au temps de son achat. Et comme ce lot n'a que 136 acres, suivant le témoignage de Elisha Brennan, je ne pense pas que l'Appelant puisse avoir droit à plus de $272 ou £68 ce qui éteindrait à peu près la demande, et rien de plus. Quant aux dommages, l'Appelant ne peut en réclamer dans les circonstances de la cause. Le témoin Bastien était non seulement l'agent de l'Appelant pour l'achat des terres en question, mais aussi agent du gouvernement pour les terres de la couronne dans le district d'Ottawa, je reçois son témoignage avec presqu'autant de créance que j'ajouterais au rapport d'un expert que la cour nommerait. L'Appelant ne pourra se plaindre si on le juge d'après l'estimation de son agent. Je suis donc d'avis qu'en faisant diminution des £68 ou £70 étant la valeur du lot no. 22 du prix de la vente, l'on déclare l'action du Demandeur éteinte et qu'il soit condamné avec frais de l'action et de l'appel, et l'Appelant condamné aux frais de sa demande incidente qui étaient inutile. (1) (7 *J.*, p. 132,)

COMPETENCE.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 30 mai 1863.

Coram SMITH, juge.

BEAUDRY *vs.* THIBODEAU.

Jugé : Que dans l'espèce, par la nature des conclusions prises par le Demandeur, il y a excès de juridiction *ratione materiæ.* (1)

Le Demandeur réclamait, par son action, £31, 5, pour un quartier de loyer échu le 1er Novembre 1862 ; £7, 13, 4, pour cotisations, et £11, 1, 8 pour certains dommages, formant en tout £50. Les conclusions prises par le Demandeur sont comme suit : " Pourquoi le Demandeur, se réservant tout re-" cours qu'il pourrait avoir contre le Défendeur pour dom-" mages ultérieurs, conclut à ce que le Défendeur soit con-" damné à faire enlever les obstructions dans le canal et l'é-" vier, sous tel délai qu'il plaira à cette cour fixer, sinon et le " dit délai passé, permis au Demandeur de les faire enlever " aux frais du Défendeur, qu'inhibitions et défenses soient " faites à ce dernier de mésuser de la propriété louée, et de " jeter et laisser jeter désormais dans la fosse d'aisance et l'é-

(1) Les remarques du juge Meredith et le jugement de la Cour d'Appel sont rapportés dans 10 *R. J. R. Q.*, p. 414.

" vier quoique ce soit de nature à les obstruer, et à ce que le " Défendeur soit condamné à payer au Demandeur la dite " somme de cinquante livres, dit cours, avec intérêts et dé- " pens." Le Défendeur ayant, lors de l'audition au mérite, excipé de la juridiction de la cour, *ratione materiae*, le Demandeur fut débouté de son action, avec dépens. (1) (7 *J.*, p. 137.)

R. Roy, avocat du Demandeur.

LaFrenaye et Amstrong, Avocats du Défendeur.

RATIFICATION D'ACTES.

Superior Court, Montreal, 31st March, 1863.

Coram Monk, J.

Easton *vs.* Easton.

Held: 1st. That a draft of deed of ratification of donation, fyled by Plaintiffs as an exhibit, and which (or one to the like effect) it is demanded that the Defendants do execute, may be taken cognizance of, and adjudged upon by the Court without the said draft being detailed at length in the declaration or other pleadings.

2nd. That a deed of donation being valid, a promise therein contained to ratify the same at a certain time is obligatory and cannot be avoided on the ground of there being no consideration for such promise.

The object of this action was to compel the ratification of a deed of donation. The property donated was, at the time of the donation, subject to a usufruct continuing during the lifetime of the *usufruitière*. The donors bound and obliged themselves to ratify, confirm, and renew the donation within eight days after the death of the *usufruitière*, but, though duly required, failed and neglected to do so. The Plaintiffs, by their declaration, prayed that Defendants might be adjudged and condemned within any delay to be fixed by the court, to make and execute, in due and legal form, at the costs and charges of Plaintiffs, a good and sufficient deed of ratification, in the form of the draft which Plaintiffs produced, or in such other form as would satisfy the said undertaking and agreement, failing which that the donation be declared and adjudged to be ratified and confirmed in all its conditions, &c.

(1) Un créancier ne peut diviser sa créance dans le but de donner juridiction à un tribunal de juridiction limitée, mais il peut poursuivre devant ce tribunal en la réduisant à un montant qui est de sa compétence (*Desparrois* et *Laberge*, C. S. Montréal, 30 septembre, 1859, Monk, J. A. 7 *J.*, p. 35.) V-2 Carré et Chauveau, p. 183.

DOHERTY for Defendant, William Easton (the only Defendant contesting the action) demurred, on the ground that it did not appear of what the draft of a deed of ratification claimed by Plaintiffs consisted, the same not having been set out in the declaration, and that the Court could not pronounce any judgment whatever on any matter not set forth in the declaration or other pleadings; and because no cause or consideration was alleged as having been given by Plaintiffs to this Defendant, entitling them to the ratification claimed by the action, such promise was therefore a *nudum pactum*, and could not be enforced in law. The court however, considered Doherty's objections invalid and held that Plaintiff's declaration contained all that was essential, there being no necessity for setting forth at length in any of the pleadings the draft of deed ratification fyled by Plaintiffs. And with regard to the second objection, the court was of opinion that, as the original deed of donation was valid, the promise to ratify the same was binding. Demurrer dismissed, with costs. (7 *J.*, p. 138.)

R. and D. LEACH, for Plaintiffs.

M. DOHERTY, for Defendant, WILLIAM EASTON.

GARDIEN SUR SAISIE-GAGERIE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 20th April, 1863.

Coram MONK, J.

SHELTON *vs.* KERNS *et al.*, and A. T. HOLLAND, mis en cause.

Held: 1st. That when the Defendant, in an action of *saisie-gagerie*, has become guardian of the effects seized, he is not bound by law to oppose the sale of said effects under another seizure.

2nd. That, although the guardian of effects seized is not bound by law to oppose their sale under a second seizure, yet he *may* do so. (1)

Plaintiff obtained judgment for the amount of his rent, and the *saisie-gagerie* of Defendant's effects was declared good

(1) Le gardien a le droit de s'opposer par opposition à fin d'annuler à une seconde saisie des effets dont il a la garde. (*Smith et al.*, vs. *O'Farrell et Coleman*, Opposant C. S. Québec, 4 novembre 1859, CHABOT, juge. 7 *R. J. R. Q.*, p. 331.)

Le gardien volontaire ou dépositaire des effets saisis qui sont restés en la possession du débiteur saisi a intérêt à opposer une seconde saisie de ces effets à la poursuite d'un tiers, et il a droit de former une opposition à fin d'annuler à cette seconde saisie. (*Langlois* vs. *Gauvreau et al.*, et *Gauvreau*, Opposant C. S. Québec, 5 avril 1862, TASCHEREAU, juge, 11 *R. J. R. Q.*, p. 1.) V. art. 562-77-90-97 et 866 C. P. C.

and valid. Andrew T. Holland, one of Defendants, was appointed guardian of the effets seized. Some time after judgment, Plaintiff proceeded to sale, and the bailiff made his return that the effects seized had disappeared. The Plaintiff, thereupon, took out a rule against the guardian, ordering him to produce the goods or their value, or, in default of his so doing, to shew cause why he should not be declared *contrainte par corps*. The guardian appeared, answered the rule, and declared that he was unable to produce the goods, because they had been sold out of his possession, under a writ of execution in another cause, wherein one Austin Adams was Plaintiff, and that he was no longer responsible. To this answer, Plaintiff fyled an answer in law, by which he raised two law points: 1st. That the guardian was bound by law to have opposed the sale under the second seizure of the effects of which he had charge: 2nd. That he was also bound by law to notify Plaintiff of the second seizure which endangered the safety of the effects on which Plaintiff had a special privilege. (1) The case was argued on the law issue and taken *en délibéré* when the Defendant's counsel appeared with a motion to be allowed to amend his answer to the effect that the guardian had notified Plaintiff of the second seizure on the effects first seized by him. This motion was granted and the parties went to proof. The court in giving judgment said," It was quite true Defendant might have made an opposition to the second seizure, but he was not *bound* to do it." The court did not rule on the second law point, considering that the evidence showed that Plaintiff had been notified of the second seizure. (7 *J.* p. 139.)

J. L. Morris, for Plaintiff.

J. and W. A. Bates, for Defendants.

GARDIEN A SAISIE.

Circuit Court, Montreal, 18th May, 1863.

Coram Monk, Justice.

Warren *vs.* Douglas, and Smith, Opposant.

Held: That when a guardian has opposed a sale, under a second seizure of the effects over which he is guardian, his right to make such opposition cannot be tested by a motion, but ought to be tried on a law pleading.

Semble A guardian is bound to oppose the sale, under a second seizure, of the effects over which he has been appointed guardian.

(1) Pigeau, vol. 1, p. 618-34.

PER CURIAM: An execution having been taken out, Smith was named *guardian* of the effects seized. While guardian, a second execution issued against the same effects, and was carried on, Smith being appointed guardian to the second also. The first was either suspended or delayed. Seeing that a sale was about to take place, Smith, as guardian, put in an opposition. Plaintiff moved to reject it, on the ground that the guardian could not oppose the sale, and that the reasons of the opposition were null and void. The question arose, could a guardian oppose the sale of the effects under his care? The court had looked into the decisions, and found six one way, and five the other; by judges of equal authority. Only one case had gone to appeal, and the court of appeals appeared to hold that the guardian not only had right to put in an opposition, but was perhaps bound by the obligations of his office to do so. It was time that the procedure should be settled; and if this rule were to be carried out, it was evident that the opposition in this case was good. The court suggested that it would be better to bring the point upon a law pleading, as it was a question of law. A question of law could not be raised by a motion of this kind. Motion rejected. (7 *J.* p. 140.)

KERR and NAGLE, for Plaintiff.

J. J. CURRAN, for Opposant.

SALE.—WARRANTY.

SUPERIOR COURT, Montreal, 27th May, 1863.

Coram MONK, J.

MUSSEN *vs.* PHILBIN.

Held: 1st When a property subject by law to the payment of *lods et ventes*, and other seigniorial dues has been sold apparently free of all charges, the purchaser is bound to be acquainted with the existence of such charges and is liable for the payment of the same.

2nd When the purchaser of real property refuses to take a title of it a judgment of the Court will avail the vendor instead of a title deed signed by the vendor.

Plaintiff, in his declaration, alleged that Defendant, at the city of Montreal, on the 12th day of November, 1861, in and by a memorandum in writing, agreed with Plaintiff, acting by his agent and attorney, William Maxwell, to buy a property at Laprairie known as the Kerfut property and owned by Plaintiff. Defendant agreed to pay for the land the sum of $210, "to be paid in cash, on passing the deeds, the purchaser

assuming all dues, rents, et cetera, that might be then due and accrued since the sheriff's sale of 1860, to wit, the sale hereinafter recited, whereby Plaintiff acquired the lot of land and premises, deed of sale to be completed on or before the 18th day of November, 1861." Plaintiff further alleged that, although he had frequently offered, both verbally and in writing, and by a notarial instrument, to execute in Defendant's favor a title deed to the land, upon the terms set forth in the agreement to purchase, yet Defendant had wholly refused and neglected to take a title from Plaintiff. Plaintiff, by the conclusions and prayer of his declaration, asked that the agreement of the 12th November 1861, might be declared in full force and obligatory upon Defendant: and that Defendant be ordered, within such delay as the Court would appoint, to sign and execute a title deed of the property, subject to the conditions of the memorandum and for the price therein mentioned, viz., that the property be conveyed by Plaintiff to Defendant, and that Defendant should pay in cash the sum of $210, with interest at the rate of 6 per cent from the 18th day of November, 1861, till paid: that Defendant should thereby agree and bind himself to pay, to the exoneration of Plaintiff, all dues and rents, that is to say all seigniorial dues and rents of whatever nature to which the property then was or might be found subject to, and which might be found to have become due since the sale to Plaintiff of the property by John Boston, sheriff, and that, in default of his so doing, that the judgment of the Court might avail the parties as a title deed to the property, subject to the conditions and for the price aforesaid, and that Defendant might be condemned to pay to Plaintiff the sum of $210, with interest thereon from the 18th November, 1861, till paid. And that the property should be specially mortgaged and hypothecated by privilege of *bailleur de fonds* for the payment thereof, with costs. Defendant pleaded that he was not bound by the memorandum of purchase, to pay the seigniorial dues on the land, and denied that he had ever refused to execute a title deed according to the conditions of the agreement.

Per Curiam: This was an action *ex vendito*, brought by Plaintiff to compel Defendant to take a piece of land situate in the Seigniory of Laprairie. Plaintiff purchased the property in April 1861, at Sheriff's sale. There was no reference in the deed to its being in the Seigniory, nor any statement that there were any Seigniorial dues upon it, or that it was subject to Seigniorial operation at all. So far Plaintiff's title disclosed no Seigniorial or other dues whatever. He seemed to have purchased the property to all intents and purposes free from every description of charge. On the 22nd Novem-

ber, 1861, Defendant bought this property owned by Plaintiff Thos. Mussen. The Defendant assumed all dues, rents, &c., that might be then due and accrued, since the Sheriff's sale in 1860 said deed of sale to be completed or on before the 18th Nov., 1861. The Defendant signed a memorandum stating that he accepted the memorandum of sale, and would comply with the conditions. The Defendant finding out that it was charged with the commutation fine, and liable to a Seigniorial rent, refused to take the property. The Plaintiff offered him the title deed, but he refused it. Plaintiff now brought his action, praying that if Defendant refused to take the property, the judgment of the Court should avail Plaintiff in lieu of a notarial instrument. The amount of Defendant's plea was this, that he purchased the property free and clear of all charges, seigniorial or other, and that, if the property could be given to him free from these charges, he was willing to take it, but not otherwise. Secondly, he was willing to take the deed, if Plaintiff would give him security against any demand for these charges. The Court had to determine whether Defendant was justified in his pretension that he purchased the property free from all Seigniorial charges. This property was situate in the Seigniory of Laprairie, where by law the Seigniorial commutation fine is imposed. This was one of the exceptions in the law, and Defendant should have noticed is. As to the *Lods et ventes* there could be no doubt. They existed, in virtue of the law, and the Defendant was bound to know, not only that the commutation fine existed but that the *Lods et ventes* existed also. And being bound to know this much, he was bound to know all that of which he declared and complained that he was ignorant. But there was more than this. It seemed that a memorandum had been signed in which Defendant assumed "all dues, rents, &c.: that may have accrued since the Sheriff's sale of 1860, &c." This included everything. And, if the dues and rents had accrued between the time of the Sheriff's sale and the date of the memorandum, was it not his business to know that they were accruing and would continue to accrue in the future? The Defendant's pretension, therefore, that he purchased the property free of all charges, was not well founded. The other plea, that he would take the property on security being given, was illegal, and both pleas must be dismissed. The next point was: could the Court give Defendant a title. He purchased the property, and refused to pay for it. There would be no difficulty had it been an action *ex empto*, for the Court of Appeals had, in this case, sanctioned the conferring of a title on a man who appealed to it, although it seemed to be a strange exercise of authority. But, in the case of an action *ex vendito*, there was no such

precedent or authority for giving a title. A case had once before come before this Court, in which the party was condemned to take the property, but, in that case, the point had not been specifically raised, nor had the question been raised by the parties in the present case. Under these circumstances, the case might perhaps seem to resolve itself into an action of damages. But Defendant had declared he would take the title if Plaintiff gave it to him free from all charges. Now the Court held that Defendant had no right to annex such conditions, but as he had offered to take the title, judment would go for Plaintiff.

"The Court, considering that Defendant hath not established, by legal or sufficient evidence, the essential averments of his Pleas, firstly and secondly pleaded; and considering, moreover, that the said Pleas are unfounded in Law, doth dismiss the said Pleas; and, proceeding to adjudicate upon the merits of this action, seeing that Plaintiff hath proved, by legal evidence, the material allegations of his declaration, doth maintain Plaintiff's action, and, in consequence, doth adjudge and declare the agreement of the 12th November 1861, in relation to the purchase by Defendant of the Kerfut property, at Laprairie, to wit that certain lot, etc., upon the terms and conditions mentioned in the said agreement, to be in full force and obligatory upon Defendant; and doth order Defendant, within ten days after service upon him of this judgment, to sign and execute a Title Deed of the property subject to the conditions of the memorandum, and for the price therein mentioned, to wit, that the property shall be conveyed by Plaintiff to Defendant, and that he Defendant shall pay, in cash, the sum of two hundred and ten dollars, with interest at the rate of six per centum per annum, from the 18th November, 1861 till paid: and that Defendant shall thereby agree and bind himself to assume and pay, to the exoneration of Plaintiff, all dues and rents, that is to say, all seigniorial dues and rents, of what ever nature to which the property is or may be found subject, and which may be found to have become due and accrued since the sale to Plaintiff of the property by John Boston, then sheriff of the district of Montreal, on the second day of August, 1860; and that, in default of Defendant so doing, the present Judgment shall avail the parties as a Title deed to the property subject to the conditions and for the price aforesaid. And doth further adjudge and condemn Defendant to pay and satisfy to Plaintiff the said sum of two hundred and ten dollars, with interest thereon from the 18th November 1861, till paid, the whole with costs. (7 *J.*, p. 165.)

TORRANCE & MORRIS, for Plaintiff.

JOHN MONK, for Defendant.

CUSTOM ENIRIES,

QUEEN'S BENCH, Montreal 6th June, 1863.

Coram AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., MONDELET A. J., BERTHELOT, A. J.

BENJAMIN LYMAN, *et al.*, (Plaintiffs in the court below), Appellants, *and* TANCREDE BOUTHILLIER, (Defendant in the court below,) Respondent.

Held: 1. That an entry at the customs by invoice, in which the goods are undervalued, is presumably a fraudulent entry.

2. That where the owners in any way benefit by the entry, as by taking possession of part of the goods, they cannot question the validity of the entry.

3. That when the invoice mentions, in effect, that the goods are consigned to the party making the entry, he will be held to be the consignee of such goods, within the meaning of the Customs Acts, even although the Bills of Lading of such goods affirm that the goods are to be delivered to other parties (the owners) or their assigns.

4. That when goods have been undervalued in the invoice and entry, for the purpose of avoiding payment of part of the duties payable thereon, they are so completely forfeited, that the owners are debarred from disputing the legality or proof of the seizure and sale of the goods.

This was an appeal from a judgment rendered by Mr. justice SMITH, in the Superior Court, at Montreal, on the 30th day of March, 1861, dismissing Appellants' action against Respondent. Appellants, wholesale chemists and druggists, at Montreal, under the firm name of Lymans, Savage & Co., instituted an action on the 6th day of June, 1859, against Defendant, collector of custom at the port of Montreal, to recover the sum of $763.90 as damages. The allegations and prayer of Appellants' declaration were as follows: "That Plaintiffs, on the 16th day of April, 1859, at Montreal, were, and, for more than 6 weeks immediately preceding that day, had been the owners and proprietors of 19 barrels of Albertine oil, marked and numbered from 1658 to 1676 consecutively, and of four casks of Albertine oil marked and numbered from 314 to 317 consecutively; that the said barrels and casks of oil were purchased by Plaintiffs in St. John, New Brunswick, and by them imported and conveyed from St. John to Portland, in the state of Maine, by the schooner "Pearl," and thence by the Grand Trunk Railway to the port of Montreal; that the said barrels and casks contained 1150 gallons of oil, and were so purchased by Plaintiffs at St. John, at the rate of 90 cents per gallon, or $1035 for the whole, that being the value of said oil at the place of importation: that said barrels and casks of oil, were imported and conveyed by and were consigned to Plaintiffs

and arrived at the port of Montreal in the month of March last; that, on the 12th day of April last, at Montreal, Plaintiffs, by and through Alfred Savage, offered to Defendant, as collector of customs, to make the necessary entry of said barrels and casks of oil, and to make the declaration required by the Provincial Statute, 22nd Victoria, chapter 76. and the oath in that behalf required from Plaintiffs, as such owners and importers, and did also then and there offer and tender to said collector the sum of $207 that being the duty payable by law in respect of said goods, all which Defendant then and there wholly refused to allow and accept, and Plaintiffs did also then and there demand of Defendant, as such collector, his warrant to deliver the goods which he also refused to grant; that, in consequence of such refusal, Plaintiffs, on the 14th day of April last, through the ministry of Hunter and his colleague, notaries public, re-offered to Defendant, as such collector, to make said entry, declaration and oath, and did also tender and offer to him, in good current money of this province, said amount of $207 as and for such duty, all of which Defendant then and there again refused to allow and accept and Plaintiffs did also then and there re-demand of Defendant, as such collector, his warrant which he again refused to deliver; that, notwithstanding the premises Defendant, on the 16th day of April last, under color of his office and under the false pretext that the said pakages of oil had be seized, forfeited and condemned for infraction of the Revenue laws, but without any legal seizure, forfeiture and condemnation thereof having ever in fact been made or effected and without any legal right or title so to do whatsoever, did sell or cause to be sold the whole of the said 23 packages of oil, with the exception of 9 of such packages, which Defendant had previously ordered to be delivered to Plaintiffs, by public auction, thereby, forcibly and without any legal right or title so to do, depriving Plaintiffs of their property and converting the same to his own use and benefit, to the great loss and damage of Plaintiffs: that the 14 packages of oil so belonging to Plaintiffs, and so illegally sold and disposed of by Defendant, contained the quantity of 693½ gallons of Albertine oil, and were and are of the value of $970.90: Wherefore Plaintiffs pray that Defendant may be adjudged and condemned to pay and satisfy to Plaintiffs the amount of $970.90 less the duty or sum of $207, to wit, the sum of $763.90, and interest thereon from the sixteenth day of April last, until actual payment and costs of suit." Respondent pleaded " That, true it is that the oil mentioned and referred to in Plaintiff's declaration was, at the several dates mentioned in the declaration, and at the time of their impor-

tation from St. John, worth the sum of ninety cents per gallon, such being the fair market value thereof at St. John, but Defendant avers that the packages of oil referred to were, by the exporters thereof, consigned to Jacques, Tracey & Co., a commercial firm doing business at Montreal, under that name, and that the firm of Jacques, Tracey & Co., did, after the arrival of said packages of oil at the Port of Montreal, to wit, on or about the 5th day of March last past, make entry of the packages of oil together with other packages of oil in Her Majesty's Customs at the Port of Montreal, upon a certain false and fraudulent invoice, then and there produced by Jacques, Tracey & Co., as an original Invoice of said goods, in which Invoice the whole of the packages of oil therein mentioned and which included the packages referred to in Plaintiff's declaration had been undervalued (the value thereof being in said invoice represented as 70 cents per gallon) with intent and for the purpose of avoiding the payment of part of the duty by law payable on such oil, contrary to the form of the statutes in such case made and provided, whereby and by force of the statutes in that behalf made, said packages of oil included in the said invoice became and were forfeited to and for the use of Her Majesty according to the provisions of the said Statutes, and, thereupon, at the city of Montreal, on the 8th day of March last past, the packages of oil mentioned in the declaration were accordingly by Defendant in his capacity of Collector of Customs at the Port of Montreal seized, as forfeited to Her Majesty, and then afterwards until the eighth day of April last past, being the period of one month provided by law, remained under seizure, and having remained under seizure for that period unclaimed the said packages of oil then and there, on the date last mentioned, became and thence afterwards were condemned according to the provisions of the statutes in that behalf; that the Invoice upon which the said entry was so made by Jacques, Tracey & Co., was forwarded by the exporters and manufacturers of the oil, the New-Brunswhick Oil Works Company, to Jacques, Tracey & Co, as consignees of the oil, and in which the value and price of the oil were wilfully and fraudulently undervalued and underrated to the extent of twenty cents upon each gallon, with intent and for the purpose of avoiding payment of a part of the duty by law leviable and payable thereon, and was so forwarded to Jacques, Tracey & Co., for the purpose of enabling them to make entry thereof in Her Majesty's Customs, at the Port of Montreal, upon the said false and fraudulent Invoice, and by that means to defraud the revenue; that the consignees of the said packages of oil, to wit, the firm of Jacques, Tracey & Co., at the time they entered

the packages of oil in Her Majesty's Customs, at the Port of Montreal, and produced the invoice, knew that the packages of oil were undervalued in the invoice, and that the price and value thereof at St. John was ninety cents par gallon, instead of seventy cents mentioned in the invoice; that Jacques, Tracey & Co., having so fraudulently entered the twenty-three packages of oil, illegally and fraudulently obtained a delivery order for the said packages and fraudulently obtained from the Officer of Customs at Longueuil, nine of the packages being the nine packages referred to in the declaration, before the fraud was discovered, and the remaining fourteen packages were, upon such discovery of the fraud, and before any delivery thereof had been made by the Officer of Customs, and whilst the same still remained detained by said Officer of Customs for investigation, seized as forfeited. And Defendant further avers, that he specially denies that the fourteen packages of oil were sold by Defendant in the manner and under the circumstances alleged in the declaration, or that he converted the proceeds to his own use and benefit; but, on the contrary, Defendant avers, that the fourteen packages of oil having been legally seized as forfeited in the manner and for the causes hereinbefore stated, and having remained under seizure unclaimed for the period of one month, and been condemned according to the provisions of law in that behalf, Defendant, in his capacity and as by law he was bound to do, caused the fourteen packages to be sold according to law on the sixteenth day of April last past; that, at the periods of the alleged offer and tender mentioned in the declaration, Defendant, in his capacity of Collector of Customs at the Port of Montreal, had no authority or power to accept of said offer and tender, the packages of oil having been previously thereto forfeited, seized and condemned; that Defendant, in all that he did, acted in his capacity of Collector of Customs, in accordance with the requirements of the law, and as he was bound to do, and by reason thereof, Plaintiffs cannot have or pretend to have any claim or recourse whatever against him; that admitting the said packages of oil to have been purchased by Plaintiffs at St. John, New-Brunswick, at the price of ninety cents per gallon and that the sum of ninety cents per gallon was the value of said oil, at the place of importation, still Defendant avers that, when the said goods were exported from St. John and forwarded to Montreal, they were consigned to Jacques, Tracey & Co., a commercial firm doing business under that name, at the city of Montreal, and who, before and at the time the said goods were forwarded had been and were the agents in Montreal of the manufacturers and exporters of said oil; and said goods were so con-

signed to Jacques, Tracey & Co., with full knowledge and consent of Plaintiffs; that Plaintiffs were informed, before the arrival of said packages of oil, by Jacques, Tracey & Co., that the goods were on their way and Jacques Tracey & Co., were instructed and requested by Plaintiffs to pass entry thereof in Her Majesty's Customs, at the port of Montreal, on their arrival, and, moreover, then and there, consented to Jacques, Tracey & Co., acting as their agent in that behalf: that Plaintiffs had previously imported from the same place and from the same person similar oil, paying for the same at such place of importation a higher rate than seventy cents per gallon, and, nevertheless, caused entry thereof to be made in Her Majesty's Customs, at the part of Montreal, by Jacques, Tracey & Co., upon a false invoice in which the real value of, and price paid for the oil was wilfully misrepresented, and in which the oil had been undervalued with the intent and for the purpose of avoiding payment of a part of the duty by law payable thereon, contrary to the form of the Statutes in such cases made and provided; and Defendant avers that, on or about the 4th day of March last past, the packages of oil mentioned in said declaration, arrived; and that, on the following day, entry of the same was made in Her Majesty's Customs at the port of Montreal, by Jacques, Tracey & Co., to whom the same were consigned, they, the said Jacques, Tracey & Co., then and there producing, for the purpose thereof, a certain invoice of said packages of oil, together with other packages of oil, which said invoice was false and fraudulent in representing the price and value thereof to be seventy cents per gallon, and in which the several packages of oil therein mentioned and which included those mentioned in the declaration, had been undervalued, with intent and for the purpose of avoiding the payment of duty or of part thereof, which by law was leviable and payable on the same, whereby, and by force of the Statutes in that behalf made, the said packages of oil included in the invoice became and were forfeited to and for the use of Her Majesty, according to the provisions of said statute, and thereupon, at the city of Montreal, on the eighth day of March last past, the several purchases of oil mentioned in the declaration were accordingly by Defendant, in his capacity of collector of customs at the port of Montreal, seized as forfeited to Her Majesty, and thence afterwards until the eighth day of April last past, being the period of one month provided by law, remained under seizure, and having remained under seizure, for that period unclaimed, the said packages of oil, then and there, on the date last mentioned, became and thence afterwards were condemned according to the provisions of the Statutes in that behalf; that the said invoice upon which the

said entry was so made by Jacques, Tracey & Co., was forwarded by the exporters and manufacturers of the oil, the New Brunswick Oil Works Company, to Jacques, Tracey & Co., as consignees of the oil, and in which the value and price of the oil were wilfully and fraudulently undervalued and underrated to the extent of twenty cents upon each gallon, with intent and for the purpose of avoiding payment of a part of the duty by law leviable and payable thereon, and was so forwarded to Jacques, Tracey & Co., for the purpose of enabling them to make entry thereof in Her Majesty's Customs, at the port of Montreal, upon said false and fraudulent invoice, and by that means to defraud the revenue : that the consignees of the packages of oil, to wit, Jacques. Tracey & Co., at the time they entered the packages of oil in Her Majesty's Customs, at the port of Montreal, and produced the invoice, knew that the packages of oil were undervalued in the invoice, and that the price and value thereof at St. John was ninety cents per gallon instead of seventy cents mentioned in the invoice : that Jacques, Tracey & Co., having so fraudulently entered the twenty-three packages of oil mentioned in the declaration. illegally and fraudulently obtained a delivery order for said packages of oil, and fraudulently obtained from the officer of customs at Longueuil, nine of the said packages of oil, being the nine packages referred to in the declaration, before the said fraud was discovered, and the remaining fourteen packages were, upon such discov ry of the fraud, and before any delivery thereof had been made by the officer of customs, and whilst the same still remained detained by the officer of customs for investigation, seized as forfeited : and Defendant further avers, that Plaintiffs having so authorized and instructed Jacques, Tracey & Co., to make entry of said packages of oil on their arrival, and having consented that they should act as their agents in that behalf, Plaintiffs were bound by the act of Jacques, Tracey & Co., in so making a false entry of said oil, more particularly as Plaintiffs knew, long before the arrival of said oil, that the actual value and price of the same was ninety cents per gallon, and moreover had in their possession before the arrival of said oil the invoice forwarded to them, and nevertheless fraudulently retained the invoice,and suffered and allowed Jacques, Tracey & Co., to make the said entry upon a false invoice in which the said oil was undervalued, with the intent and for the purposes aforesaid ; that, moreover, Plaintiffs knowingly participated in the fraud so committed by the fraudulent entry made by Jacques, Tracey & Co., upon the false and fraudulent invoice forwarded to them as consignees of said oil ; and that Plaintiffs knowing that Jacques, Tracey & Co., had passed entry thereof in Her Majesty's Customs

paying duty thereon, at the rate of seventy cents only per gallon, and had thus fraudulently obtained a delivery order for the said oil, did receive from Jacques, Tracey & Co., the said delivery order, and, acting upon the same, did succeed in obtaining from the officer of customs, at Longueuil, where the oil was stored, nine of the packages of oil (being the nine packages referred to in the declaration,) before the fraud was discovered, and thereby Plaintiffs knowingly and wilfully did attempt to carry out the fraud by obtaining possession of a portion of the oil, knowing of such false and fraudulent entry so made by their agents: that the remaining fourteen packages, being still in the possession of the Officer of Customs, were, upon discovery of the fraud, legally seized as forfeited, and before Plaintiffs obtained possession thereof. And Defendant further avers that he specially denies that the fourteen packages of oil were sold by him in the manner and under the circumstances alleged in the declaration, or that he converted the proceeds to his own use and benefit; but, on the contrary, Defendant avers that the said fourteen packages of oil having been legally seized as forfeited in the manner and for the cause hereinbefore stated, and having remained under seizure unclaimed for the period of one month, and being condemned according to the provisions of law in that behalf, Defendant, in his capacity, and as by law he was bound to do, caused the fourteen packages of oil to be sold according to law on the sixteenth day of April last past; that, at the period of the alleged offer and tender mentioned in the declaration Defendant, in his capacity of Collector of Customs at the port of Montreal, had no authority or power to accept of said offer or tender, the packages of oil having been previously thereto forfeited, seized and condemned for the reasons and in the manner hereinbefore stated: that Defendant, in all that he did, acted, in his capacity of Collector of Customs in accordance with the requirements of the law, and as he was bound to do, and by reason thereof Plaintiffs cannot have or pretend to have any claim or recourse against him." Appellants replied specially "that Jacques, Tracey & Co., were not the consignees of the oil the said oil having been purchased by and consigned to Plaintiffs; that Jacques, Tracey & Co., had, on many occasions previously, made entries at the Custom House, here, of divers large quantities of the same description of oil which had been consigned to them, although the same was the property of Plaintiffs and purchased by them at a rate higher than 70 cents per gallon: that Plaintiffs always understood that all such entries had been made by appraisement and not by Invoice, and that, until after the pretended seizure, in the plea referred to, Plaintiffs were wholly ignorant of any such entry

having been made otherwise than by appraisement; that, sometime before the arrival of the oil, Jacques, Tracey & Co., or some one on their behalf, called at the office of Plaintiffs, and informed their book-keeper that the oil was on the way, and, thereupon, he intimated to the party who called that Jacques, Tracey & Co., might enter the same on arrival, as on former occasions, that is to say and meaning thereby that they might make such entry by appraisement; that Plaintiffs personally knew nothing whatever of the interview with their book-keeper until after the seizure, and that they personally knew nothing of the arrival of the oil or of the entry thereof set up in the plea, until the evening preceding the seizure, and that they were then, and until after the seizure, under the impression that such entry had been made, as formerly, by appraisement; that, moreover, the entry of the oil so made by Jacques, Tracy & Co., on the fifth day of March 1859, was not made by them, but was in fact made by Thomas Craig, who pretended to enter such oil as the property of "Huson, Bros. and others." And Plaintiffs say, that the entry was not made by any person having any authority to make the same, and was not, and is not, and cannot be held in law to be an entry of the oil, and this to the knowledge of Defendant, before and at the time of the seizure so made by him of the oil. And Plaintiffs further say, that true it is they never made any formal claim, as provided by the statute in the case of a legal seizure (which the pretended seizure is not and cannot be held in law to be) but, at the suggestion of Her Majesty's Commissioner of Customs for this Province, they shortly after the seizure, memoralised that functionary, with a view to an amicable arrangement of the difficulty subsisting between them and Defendant; that Plaintiffs, at all times, before and after so doing, and until the rejection of their petition in that behalf, were led by the Commissioner to believe that there would be no difficulty whatever in regard to the matter and that the seizure would be removed, but that, notwithstanding the assurance so given to Plaintiffs, their petition was rejected by the Commissioner, and this after the delay had expired for making such formal claim aforesaid under the said statute. The court below pronounced the following judgment: "The Court, considering that Plaintiffs have failed to establish any legal right, by reason of anything alleged and proved, to have and maintain the conclusions of their action, and further considering that Defendant hath fully proved the allegations of his exception as pleaded by him, and that the twenty-three casks of oil, for the value of fourteen of which the present action is instituted, were duly entered at the custom house by the firm of Jacques, Tracy and Co. on the

seventh day of March, 1859, who were then the agents of the vendors of the twenty-three casks of oil as well as of Plaintiffs and were the consignees of the said twenty-three casks of oil for the purpose of entering the oil at the customs and of delivery thereof, to the purchasers thereof to wit, Plaintiffs; and, further, considering that, at the time of entry thereof by Jacques, Tracy and Co. as such agents and consignees, they did present to and offer to the collector of customs, an invoice of the twenty-three casks of oil, as bound to do by law, and did otherwise perform and comply with the requirements of the statute for making a valid and effectual entry of the oil, and this with the knowledge and consent of Plaintiffs; and further, considering that, in and by the said invoice, the value of the oil was therein stated, for the purpose of entering the same, to be of the value of seventy cents per gallon, at the place of purchase and shipment thereof, and that the sum of seventy cents was then and there declared to be the true value thereof, as shewn by the invoice; and, further, considering that the entry so made on the invoice then and there produced, was fraudulent in this, that it did not exhibit the true value of the oil as required by the statute, and that such oil was falsely undervalued for the purpose of defrauding the revenue; and, further, considering that, at the time of the entry of the oil by Jacques, Tracy and Co. as such agents and consignees, Plaintiffs were in possession of a just and true invoice of the oil, in which the value of the oil was therein stated to be ninety cents per gallon, and that by not producing and exhibiting the said invoice, at the time of the entry of the oil, as they were bound to do by law, and by allowing Jacques, Tracy and Co. their agents, to make the entry on the false and fraudulent invoice in which the value of the oil was stated to be seventy cents per gallons, Plaintiffs did thereby become chargeable with fraudulently undervaluing the oil; and, considering that, by reason of such fraudulent entry effected for and on behalf of Plaintiffs, with a full knowledge of all the circumstances connected with the entry, the said twenty-three casks became liable to forfeiture, and that they were so seized and forfeited; and, further, considering that Plaintiffs have failed to shew, by reason of anything alleged or proved, that the twenty-three casks of oil were not legally seized and forfeited as aforesaid; and, further, considering that, if there existed any good and sufficient reason for declaring the seizure and forfeiture to be invalid, illegal, or inoperative in law, it was the duty of Plaintiffs to have claimed the oil when the same was advertised and labelled for sale, according to the provisions of law within the period of one month as provided, and that Plaintiffs not having so claimed the oil as illegally

forfeited by reason of the entry of their agents, Plaintiffs are now debarred from impugning the validity of the forfeiture, the court doth maintain the exception pleaded by Defendant, and doth dismiss the present action, with costs."

Bethune, for Appellants: On the 12th April, 1859, Alfred Savage, one of Appellants, duly offered to make entry of the oil in question and pay the duty thereon as on 90 cents per gallon, and the offer being rejected by the collector, it was reiterated through notaries public, on the 14th April, 1859. On the 16th April, 1859, Respondent sold the oil by public auction. The reason assigned by Respondent for so doing is stated, in his pleas, to be that, on or about the 4th day of March, 1859, the oil was entered at the custom house here, with other packages of oil, by "Jacques, Tracy and Co. to whom the same were consigned;" that, in making such entry, they did so, under the instructions and at the request of Appellants, and "as their agents;" that they "produced, for the purposes thereof, a certain invoice," in which the oil "had been undervalued, with intent and for the purpose of avoiding the payment of the duty or of part thereof which by law was leviable and payable on the same," that, by reason of such entry and undervaluation, the oil became and was "forfeited "to, and for the use of Her Majesty;" that the oil "was, "upon such discovery of the fraud, *and before any delivery* "*thereof by the officer of customs*, and whilst the same still "remained *detained* by the officer or officers of customs *for* "*investigation*, seized as forfeited;" and "that the fourteen "packages of oil, having been *legally seized as forfeited*, in "the manner and for the causes hereinbefore stated, and "having remained *under seizure* unclaimed for the period of "one month, and being *condemned according to the* provisions "of law in that behalf, Defendant, in his capacity, and as by "law he was bound to do, caused the fourteen packages of "oil to be sold according to law." According to the defence therefore, in order to render the sale by Defendant legal, the oil was sold as "condemned according to the provisions of law in that behalf," after it has been "legally *seized* as forfeited" and such forfeiture was the result of an entry by invoice, in which the oil "had been undervalued, *with intent* "*and for the purpose of avoiding* the payment of the duty "or of part thereof." And lastly, that no claim was fyled by Plaintiffs, within one month from such seizure and condemnation. The law on which this defence rests is the 10 and 11 Vict., ch. 31, § 48, which enacts that all goods "*seized* as forfeited" "shall be deemed and taken to be *condemned*, and may be "*dealt with accordingly*, unless claimed within one calendar "month *from the day of seizure*," and the 12 Vict., ch. 1, sec. 18

which enacts that, "if in any invoice or entry any goods shall "have been undervalued, with such *intent* aforesaid, (*viz.*,"for "the purpose of avoiding the payment of the duty or any "part of the duty on such goods") or if the *oath* or affirmation "made with regard to any such *invoice* or *entry* shall be *wil-* "*fully* false in any particular, then the goods included in "such invoice or entry shall be forfeited." Appellants submit the following points: 1. There could be no legal sale, without an *information*, exhibited and notified, according to the requirements of the 10th and 11th Vict., chap. 31, §§ 51, 52, and 58, and a previous *seizure* of the oil *as forfeited*. On the presumption that the goods were really seized as forfeited, and were unclaimed within one calendar month from the day of seizure, and were consequently deemed and taken to be condemned, Respondent has interpreted the words of the 48th Sect. of the 10th and 11th Vic. ch. 31, "may be dealt with accordingly," to mean, that he might do what he pleased with them and sell them by public auction, or otherwise, "*without any formal condemnation*," or other legal preliminary formality whatever. Now, by the 51st and 52nd sections of the same Statute, it is distinctly enacted "that *all* penalties and *forfeitures*** shall* and may be *prosecuted, sued for, and recovered*," &c. And the 58th section, as distinctly, enacts, that, in order to render goods liable to "*be sold without any formal condemnation thereof*," an *information* must have been *exhibited* in the proper court, "*during one calendar month*." And, in order to remove all doubt whether or not these sections, were intended to include the class of case covered by the 48th section, it is specially provided, that no claim shall be admitted, "unless notice thereof shall have been given to the collector, "within *one calendar month from the seizure as aforesaid*." It is evident, therefore, that the collector entirely misapprehended the legal significance of the enactment, dealt with accordingly," and that these words imported, as they evidently do, a compliance with the requirements of the sections of the statute above specially referred to. According to Respondent's own pretension, however, it is manifest, that to entitle him to deal with Appellant's property in the summary manner in which he did, the goods must have been *actually* "*seized* as forfeited," and due proof of the "*day* of seizure" made, otherwise, the fatal delay of "one calendar month," which was only to run from the *day of seizure*," never occurred, and the goods consequently were never liable to "be deemed and taken as *condemned*." In Respondent's fifth articulation of facts, the seizure is stated to have been made on the 8th March, 1859 but of this fact there is no legal evidence whatever of record. Jordan's *verbal* statement, that from his notes in his office, the

seizure was made on that day, *not by himself, however*, for he says "*I was not the seizing officer*," does not of course establish the fact. The only written document of record referring to the detention of the goods is the exhibit O produced by Maçon, a witness. It has no date, but he states it was handed to him *on the 7th of March, 1859*. As the seizure is stated to have been made *by Respondent*, on the eighth of March, this document cannot be the *acte* of seizure, moreover, it is a mere order to "*stop all delivery*" of the oil, and Jordan characterizes the paper as a "*Counter order*." It is also to be borne in mind that according to Respondent's own pleas, the goods, "*before any delivery thereof had been made by the officers of customs*" (who were in possession thereof from the time of their arrival at Longueuil), were "*detained for investigation*," evidently according to Maçon's, Jordan's, and Phillips' evidence, on this "Counter order" of the collector, and the seizure is alleged to have taken place *while they were so detained*. But, not only is there no *acte* of seizure or even copy thereof produced, but there is every reason to suppose that none was ever made. Jordan, who was *not* the seizing officer, says, that he was the person who signed the seizing *report*, and left it with the collector, and Maçon produces a printed form showing certain printed questions to be answered *by the seizing officer* in all such reports. It is of course intended to be inferred from all this that Jordan's report was in reality the *acte* of seizure. It is plain, however, that a report by a party *not* the seizing officer can be no evidence of the fact of a seizure, and as neither the report itself, which Jordan says he handed to the collector, nor even a copy of it is fyled, we can only conclude that the report has no legal significance whatever in the present case. 2. There could be *no legal seizure* without an *entry* of the oil, and in *intent* to defraud the customs, in the "Invoice or Entry," or in the "Oath" made with regard to the same. Now the only persons who can "validly make any entry" are the "owner, consignee or importer," or "any attorney or "agent duly thereunto authorized by a written instrument, "which he shall deliver to and leave with the collector." 12 Vic. ch. 1, §§. 8 et 23 "And where such entry is not made by "the owner, consignee or importer, there must be attached to "the bill of entry** a declaration by the owner, consignee, or "importer,** to the same effect as the oath or affirmation (*viz.* "as per schedule B annexed to 12 Vic., ch. 1.), adapting the "form and words to the case, distinctly referring to the invoice "presented with such Bill of Entry, and *signed by such owner,* "*importer, or consignee,**** either in presence of the agent "making the entry, who shall attest the signature, or of some "Justice of the Peace or Notary Public who shall attest the

"same." 22 Vic., ch. 76, s. 5, sub-section 1, (Statutes of 1858.) The entry in the present case was made by "Thomas Craig," the clerk and duly authorized attorney of Jacques, Tracy & Co., who were *not* either the owners, importers, or consignees of the oil; the oil, on the contrary, being the property of and consigned to Appellants, who imported the same. That Appellants were the *owners* is proved by their Book-keeper, Clare, and by the Invoice or Bill of Sale. And that they were also *the consignees or importers* is also proved by Clare, and by Bill of Lading signed by the master of the Schooner Pearl which directs that the goods are "to be delivered ** at the port of Portland" ** unto Lymans, Savage & Co., "or their assigns;" also by the receipt granted by the Grand Trunk Railway Co., to the master of the Schooner which undertakes that the goods are "to be conveyed" ** and delivered to Lymans, Savage & Co., Longueuil, C. E.;" also by the advice note of the Grand Trunk Railway Company, dated at Longueuil, and addressed to "Lymans, Savage," by which they were informed, that the goods "*consigned to you* have arrived this day;" and lastly by letter from the shipper addressed to Respondents, to the following effect. "I have "now the pleasure to hand you Invoice and B. of L. twenty-"three packages Albertine Oil, shipped per schr. "Pearl" to "Portland, to your address. I am shipping *other* parcels, by "the same vessel, consigned to Rhynas & Starr, as *forwarding* "*agents*." "I presume *you* will attend to Ins. of present ship't." The *other* parcels referred to in the letter are evidently the other goods which were entered by Jacques, Tracy & Co.'s Clerk, on the occasion in question, and destined for Upper Canada, and which were received by that firm, in the same way as Rhynas & Starr received them, as "*forwarding agents*." Moreover, Jacques, says: "Plaintiffs were the *consignees* of the "twenty-three casks of oil which were so entered on the fifth "of March 1859." Then, "the Invoice presented with such Bill of Entry" was *not* accompanied by the declaration required by the Section of the Statute last above quoted, *signed* by Appellants. And the pretended Oath said to have been made by Craig was no oath at all; the same being declared to be an *Oath or affirmation*, and not having been administered and *signed* by any officer authorized by the 12 Section of the 12 Vic., Ch. 1 to administer such Oath. The only connection which Appellants had with the *entry* was through their Book-keeper Clare, who told young Jacques (Jacques, Tracy & Co's Clerk) in answer to a question put by him, that they might make the entry as usual, namely *by appraisement*. And it is quite certain that they never had any knowledge of or connection with the *Invoice* which Craig presented at the

time he made the Entry. The circumstances under which the invoice thus presented by Craig came to be made out at 70 cents per gallon, instead of 90 cents, the price really paid by Appellants for the Oil, as disclosed by Jacques, Tracy & Co's correspondence with the shippers of the Oil and the evidence of the witnesses examined, were shortly these: All previous consignments of Oil were consigned to Jacques Tracy & Co. The first entry was made at 40 cents per gallon, but the Customs appraiser, in consequence of Entries of similar Oil coming from the United States having been made at 90 cents, and thinking himself that the Oil was worth 75 to 80 cents, detained the Oil, and after much parley passed it at 75 cents. Subsequently Jacques Tracy & Co. arranged with the appraiser that the Oil would in future be passed on an *appraised value* of 70 cents. After this arrangement, an entry was made by invoice at that rate, *which entry, although one by invoice, bears in the corner of it the signature of the customs appraiser;* a circumstance which proves incontestably that this rate of 70 cents was a settled matter between the Customs authorities and these Consignees. Subsequent entries were made at 70 cents by appraisement, but, on the 10th of December, 1858, when young Jacques was making a similar entry, the appraiser said that he would not appraise any more, unless an invoice were produced. Young Jacques swears, in relating the interview between him and the appraiser: "I then asked him, if we "produce an invoice *at the appraised value*, would it answer? "*He then gave me to understand that it would.* We then "wrote to the Company, stating the fact, and, on the fifth "day of February, 1859, or thereabouts, we received a lot of "28 packages of the same kind of Oil, and passed it through "the Custom House *with M. Bell's* (appraiser's) *consent, with* "*an invoice at seventy-cents.*" And this is corroborated by the letter itself which is produced dated, 5th January, 1859. *Both the Jacques swear also that they never knew what any of the oil cost at the place of shipment.* It is quite clear, therefore, that the Shippers and Jacques, Tracy and Co both regarded the sending of an invoice *at the appraised value of seventy cents* as a mere matter of form, and that neither of them had any intention of defrauding the customs in using such for the purposes of entry. It is equally certain that Craig who made the entry had no intention to defraud, as he was entirely without knowledge in the matter: and as to Plaintiffs, the first intimation they had of such an invoice was the *detention* of the oil, when Henry Lyman, one of Plaintiffs, made known the fact of their having an invoice at 90 cents to the elder Jacques, who thereupon immediately offered to amend the entry, but was refused by Respondent permission

to do so. Attention is here drawn to the fact that this offer was made on the 7th of March, 1859, namely while the goods were *simply detained* (as stated in Pleas) "*for investigation* and *before* any *seizure* thereof, was *even pretended* to have been made. It is said, however, by way of impugning the good faith of Appellants, that they must have known the fact of the payment of duty on an invoice at 70 cents, because the elder Jacques has sworn. "The first intimation that I am "aware of from us to Plaintiffs respecting the entry was our "sending them the account of disbursements with the per-"mit," and because the account is dated 5th March, 1859, the pretension being, that, at this account is made out on the basis of duty having been paid as on 70 cents, and as it was sent "with the permit," Appellants had full knowledge of the transaction, but kept quiet. On the supposition that the above statement of Jacques was strictly true, it does not follow that Appellants knew that an entry had been made by *invoice*. The part of the account having reference to the payment of Duty is in these words and figures, Duty $120. 75," *not a word about any invoice*. Besides, no one could, by a mere inspection of this account, be notified of the fact that duty was paid on any particular value, it evidently requiring a calculation to be made, based on the exact number of gallons on which the duty was actually paid, to know the fact. And if Appellants did know, by this account, on what price duty was paid, it wouldn't have concerned them, for both the Jacques and Clare and Alfred Savage (one of Appellants) all swear that Appellants always understood that the entries of all previous consignments were *by appraisement*, and that they never knew, until the Oil was detained, that this particular lot was entered in a different form, and Henry Lyman, in the letter, *fyled by the Defendant himself*, asserts the same thing. It is plain, however, that the above statement of the elder Jacques is a mere casual one and not based on any precise knowledge of the facts. By looking at the account, it will be seen, that it is signed by the *younger* Jacques, and he says distinctly that the account *may have been sent in as late as a week after its date*; and Clare, who received it, says, that he is under the impression it was not received until after the oil was detained. And it is to be borne in mind, that Appellants never refunded the amount of this account to Jacques, Tracy & Co.; *the customs authorities being the parties who did so.* Then, as to the permit, Craig swears that *he* was the party who obtained it, and he states his belief to be that he gave it to one of "Jacques, Tracy & Co's carters to go and get the oil for the various parties." All natural presumptions are moreover in favour of this view of

the matter, for the simple reason, that Appellant's oil formed but a small portion of the whole entry, and it is, therefore, in the last degree probable that the permit would have been handed to Appellants. There being no valid *entry* of the oil and no properly signed and attested invoice presented with the bill of entry and plainly no intention on the part of any body, much less of Appellants, to defraud, there could be no *forfeiture* of the oil. And in having been shown that there is no proof that the goods were ever actually *seized* as forfeited, the judgment of the court below, it is submitted, ought to be reversed.

Pominville, for Respondent: The first question is, whether, under our law, an action is sustainable against a public officer acting for the crown, receiving no fees of office, without alleging and proving malice or bad faith. Respondent contends that it cannot; as a contrary doctrine involves this absurd consequence, that the crown virtually can be sued, by directing the suit against one of its officers. Chap. 101, cons. stat. L. C. sec. 8, enacts: "The privileges and protection given by this act, shall be given to such justice, *officer, or other person acting as aforesaid*, only, and to no other person or persons whatever, and any such justice, officers and other persons acting as aforesaid, *shall* be entitled to such protection and privileges *in all cases where he has acted bonâ fide in the execution of his duty*, although in such act done he has exceeded his powers or jurisdiction and has acted clearly contrary to law." This statute places Defendant exactly in the same position as a justice of the peace; the preamble showing clearly that but one set of rules should obtain for the magistrate as well as all other public officers, without making any exception. Under the operation of our statute, the liability of a public officer and his exemption from it would be the same as if he were a justice of the peace; and the rules and decisions applicable to an action against the latter, apply with equal force to an action against a public officer. The decisions are numerous as establishing the doctrine laid down in I Taylor, 298, "statutes of this kind are intended for the protection of honest "persons who *bonâ fide* mean to discharge their duty; and "the court will consequently so interpret their provisions, "*as to save harmless all persons who act illegally under the* "*reasonable belief that they are authorized* in what they do "by act of parliament; and this too, whether the error com-"plained of has been committed in respect of *time, place, or* "*circumstance*." In *Beechy* vs. *Sides*, 9 B. & C., p. 809, Lord TENTERDEN, Chief Justice, said: "We have nothing to do with the policy of the law, but are only to give a construction to the clause of the act of parliament in conformity to the

construction given to similar clauses in other acts of parliaments. It has uniformly been held that where a party *bonâ fide* believes or supposes he is acting in pursuance of an act of parliament, he is within the protection of such a clause." Same doctrine held in *Ballinger* vs. *Farris*, 1 M. & W. p. 630; and *Hughes* vs. *Buckland et others*, 15, M. & W, 352. Lord BROUGHAM is reported to have laid down this principle: " Even Inferior Courts, provided the law has clothed them with judicial functions, are not answerable for errors in judgment; *and where they may not act as judges, but only have a discretion confided to them, an erroneous exercise of that discretion however plain the miscarriage may be, and however injurious its consequences* THEY SHALL NOT ANSWER FOR. This follows from the very nature of the thing. It is implied in the nature of judicial authority, *and in the nature of discretion, where there is no such judicial authority.*" Broom's, *Legal maxims*, p. 95. It was in confirmance of this well-established rule that the present imperial act 11 and 12 Vict., ch. 44. enacted by sec. 1, " For an act done by a justice of the peace, within his jurisdiction, the action shall be an action on the case, wherein *it must be alleged and proved* that the act was done *maliciously, and without reasonable and probable cause.*" This rule of protection is clearly extended by the chap. 101 of our statutes to all public officers. The second question is one equally important. It applies to that portion of the declaration which alleges the offer to make entry and tender of duty by Plaintiffs; and likewise to the proof on that point, which is insufficient to establish that the formalities of law had been complied with by Plaintiffs. The action rests upon the alleged offer and tender of the 12th and 14th April, and Defendants' refusal to comply. This refusal being alleged to be the illegal act complained of, is the chief point to be determined, as Plaintiffs could have no recourse unless they complied with the conditions precedent imposed upon them by the law. The customs act, ch. 17, cons. stat. of Canada, sec. 25, declares " No entry " shall be deemed perfect unless a sufficient invoice of the " goods to be entered, *attested* as hereinafter required, *shall " have been produced to the collector.*" It is not alleged in the declaration that the original invoice was produced, nor is there any evidence that it was. The protest makes mention of an invoice, but no copy is attached, no extrinsic evidence offered of the fact. The identity of the invoice, is not proved, so as to establish that it was the same as that mentioned by the notary. This invoice, moreover, if the same, is not signed by any of Plaintiffs or by any person on their behalf as the law requires (see sec. 26, same chap.) Under such circumstances, Plaintiffs do not establish a compliance on their part with the formalities

of law, so as to constitute the alleged refusal an illegal act, for which Defendant should be held responsible. It is evident that Plaintiffs would have no action under any circumstances against the collector, without shewing a strict conformances on their part, to the requirements of the law. The third question is one which admits of no doubt, viz: That Plaintiff's remedy, if any, was against the Oil Works Company, exporters of the Oil, who, by their fraudulent act of sending a false invoice to their Agents for the purpose of passing entry thereon, defeated the delivery of the Oil to Plaintiffs; who not having received all the Oil they purchased, would have, if not chargeable directly with being the authors of the fraud, a remedy against the exporters. The next question in point of importance is whether a seizure of the oil was made; in what manner the law contemplates it should be made: and if the owner should have notice of the seizure and of the reasons or cause of seizure. Defendant contends that whatever apparent defect might exist in the law, when discussed upon principles of convenience or policy, that defect can only be supplied by the legislature, and that in this Action (being one of damages,) it is incumbent on Plaintiffs to shew *that some expressed requirement of the law had not been complied with.* The law declares how the seizure is effected, viz: by detention and removal to the warehouse or place selected for safe keeping of goods seized as forfeited. The 65th sec. same chap. enacts: "That if any goods, &c., subject or liable to forfeiture, "are *stopped or taken* by any Police Officer, or any person "duly authorized, such goods shall be carried to the Custom "House, &c., or place appointed, &c." The word "seized" used in the 80th sect., relied on by Plaintiffs, does not import as they contend that a formal seizure, as under civil process, should be made; but the meaning is sufficiently explained in the same section by the additional word "aforesaid" referring to the words "stopped or taken" in the 65th sect.: then, again, the 80th sect., says "unless the persons *from* whom they were seized or the owners thereof, shall within one calendar month, &c." The 84th sect., enacts "That if any goods shall be seized for non-payment of duty or any other cause of forfeiture, &c., the burden of proof shall lie on the owner or claimant of such goods, and not on the officer who shall seize *and stop the same.*" The 81st sect.. makes use of these words —"That in case of the seizure of any cattle, horse, or animal, or of any perishable article, it shall be lawful for the Collector of the port at which the same *shall have been secured as aforesaid.*" The words "stopped," "taken," "secured," "carried," all used in these various sections show that the legislature has constituted the doing of these acts of the officer hav-

ing authority so to do the "seizure" and in that connection, has imposed upon the person *from* whom they were taken or the owner, the necessity of giving notice; and in the terms of the 84th section imposes on the owner or claimant the burden of proof whether "the duties have been paid on such goods," or "whether any other thing has been done by which such forfeiture would be prevented." The law does not require that notice should be given to the owner or person claiming the goods of such detention or seizure, or the cause thereof, except when a formal notice of intention to claim the goods has been given, as provided by the 80th sect.; and in that case the Attorney General, on behalf of the Crown, gives notice by posting up an Information in the manner pointed out by the 78th and 79th sect., disclosing the grounds of contravention and the causes of forfeiture. This serves to explain the practice of forwarding to Government the seizing report mentioned in the evidence of the witness Maçon. This 65th sect. of our statute was copied from the Imperial Act, 6 George IV, ch. 107, 112, "if any goods, subject or liable to forfeiture under the Customs laws, shall be "*stopped or taken* by any Police Officer or other person acting by virtue of any Act of Parliament, or otherwise duly "authorized, such goods shall be carried to the Customs, &c." Appellants cannot even raise as an equitable consideration of their case, that they were not aware that the oil was seized or the cause thereof; there is no such issue raised by the pleadings, on the contrary, while admitting in their special answer that they made no formal claim, as required by the Statute, they attempt to excuse it, or to account for that omission, by alleging that they were misled by the Commissioner of Customs whom they had petitioned on the subject. The evidence establishing knowledge on their part is conclusive: 1stly. Alfred Savage, (one of Plaintiffs) swears that they became aware of this fact on the 8th March, and that the cause was the undervaluation of the oil. 2ndly. Wm. H. Clare, (Plaintiff's book-keeper) swears 9 packages were delivered, and the remainder detained. 3rdly. Geo. E. Jacques' evidence is to the same effect, and that when he offered to make a new entry the oil had been detained. 4thly. The letter "P" addressed by Plaintiffs to Benj. Lyman also establishes their knowledge. It concludes by saying that "the Inspector General should "allow Jacques, Tracy & Co., to amend their entry and *liberate the goods.*" *This letter* is dated 8th March, 1859. 5thly. Letter of Jacques, Tracy & Co., to Spurr, Manager of the Oil Works Co., dated 9th March, 1859, commences—"We are "sorry to inform you that the lot of 85 casks of Albertine "Oil, *has been seized by the Custom House, owing to their*

" *discovering, after we had made entry and paid duty at 70* " *cents on the Invoice sent us, that Lymans, Savage & Co.,* " *had an Invoice for their lot at 90 cents.*" Respondent submits that, in the absence of any positive rule of law requiring a written notice to be given, there is abundant evidence to establish that all parties interested had notice that the oil was seized and the cause of seizure; *and the omission to give the formal notice of intention to claim required by the Statute, cannot be excused upon any legal ground which the Court could recognize, more especially as the condamnation is by positive enactment of the Statute pronounced in favor of the Crown as resulting from such omission.* The other points urged at the argument will not require any lengthy notice, and may be enumerated in the following order: 1st. That Jacques, Tracy & Co., were not the consignees and had no authority to pass the entry. 2nd. That if they were authorized to pass entry, it was an authority to do so in a particular way, viz: by appraisement and in no other way. 3rd. That although Jacques, Tracy and Co. may have been their Agents, Craig was not. 4th. That the entry made by Craig was no entry at all; that there was no regular oath administered, and that Crispo had no authority to administer it. 5th. That *an intent to defraud* is necessary to operate a forfeiture under the Statute, and that no such intent is proved. 6th. That Jacques, Tracy and Co. committed no intentional fraud, and even, if they had, that Plaintiffs had no knowledge of it, and could not be legally responsible for their acts. Respondent, in answer to these several objections, urged: 1st. That there is sufficient to shew that Jacques, Tracy and Co. were the consignees. It is admitted at any rate that they were the consignees of all previous importations of Oil, and instead of any change being established in the mode of transmission of the Oil in question, the evidence establishes that it was sent as before to them; the original advice note from the Grand Trunk Co. was sent to them, the Invoice was sent to them for the purpose of passing entry at the Customs. These were produced at the Customs, sufficient by law, to oblige the Custom Officials to recognize Jacques, Tracy and Co., as the party entitled to pass entry; and although Plaintiffs produce a Bill of Lading, another Bill of Lading, as well as a second invoice, may have been sent to them. This Oil came with a larger quantity consigned to them for other parties. The letter produced by Alfred Savage, as the one inclosing their invoice of this Oil, says, "and would suggest whether it would " not be advisable for you to entrust them (Rhynas and Starr) " with the bonding and forwarding of your parcel, and whe- " ther you would wish them to include this with other Oil un-

"der same bond, and invoice for duty, to Messrs. Jacques, "Tracy and Co." This serves to explain how the Oil in question came direct to Jacques, Tracy and Co. Moreover, Plaintiffs took delivery of the Oil from Jacques, Tracy and Co., as established in evidence. Wm H. Clare, on cross-examination, says: "I think the permit so left at Plaintiffs' office came from "Jacques, Tracy and Co., and the Oil delivered in the same "way as on previous occasions." G. E. Jacques, when asked if the Oil previously imported was consigned to the firm, says "I cannot state from memory, but my conviction is that it "was forwarded to us for distribution *in the same way* as is "mentioned in Defendant's Exhibit No 1;" and Thomas Craig swears "the Oil *was consigned to Jacques, Tracy & "Co.*, and the first knowledge I derived of the subject was "the receipt of the notices and invoice." With such circumstances in evidence, coupled with the fact that Jacques, Tracy and Co. paid the freight on said Oil and charged it in their advice note to Plaintiffs sent with the permit, it is impossible to adopt the view of the Plaintiffs' Counsel on this point; for it would be necessary to shew that if Plaintiffs intended to rely on the fact that they were consignees and owners and alone entitled to pass entry, they should have at once repudiated the act of Jacques, Tracy and Co., and have offered to make a new entry upon the correct Invoice in their possession instead of adopting their act and taking possession of 9 packages of said Oil. 2dly. That Jacques, Tracy and Co. had their authority, as well as that of the manufacturers, to pass entry at the Customs is fully established in evidence. Alfred Savage in his sworn examination before Bell, says, "but some time "ago we were notified by Jacques, Tracy and Co., of its being "on the way when we consented to their acting as Agents "and entering at the Custom House as formerly." In letter to Benjamin Lyman, Plaintiffs write, "subsequently, J. T. & Co. "proposed to continue to act for us in receiving and entering the "oil, as they were employed by the New Brunswick Co. to do "so for that shipped to Western Canada, *to which we acceeded.* The verbal testimony is to the same effect: G. E. Jacques, on cross examination, "with reference to all the Oil that came from the Company we acted as forwarders, and as such, were the agents of the Company as regarded the distribution of the Oil. We never received any kind of remuneration from the Company. The only charge we were in the habit of making with respect to the Oil *was made to the parties for whom the oil was intended, and consisted of a brokerage for entering at the Custom House here, and any actual disbursements* and carrying charges for that which went to Upper Canada." Plaintiffs attempt to qualify this authority by saying that Jac-

ques, Tracy and Co. were to pass entry as before, viz: by appraisement. This, instead of bettering their position, only makes it worse, as they knew that previous appraisements were at a valuation less than the real invoice price, which invoice they had in their possession, and less also than their previous invoice prices, and, consequently, was a direct violation of the law, and a gross fraud authorized by them, as they well knew that no entry by appraisement could legally be made where an original invoice could be produced, and which they had and were bound to produce. 3dly. The pretension that if Jacques, Tracy and Co. were their Agents, Craig was not, is a futile objection. They knew that the firm passed their entries by one of their clerks, and consequently the authority conveyed was full and ample to effect that object in the ordinary course of their business, and knowing also that Jacques, Tracy and Co., as agents of the manufacturers received the goods direct from them, before delivery was made to the importers. Plaintiff's witness, G. E., Jacques says, "I have no knowledge of the fact that the Plaintiffs knew *the Oil in question was forwarded to us, but I presume they did know it.*" Moreover, the entry is an entry of previous lot of Oil, made by a clerk, W. J. Jacques, and bears the signature of Lymans, Savage and Co., establishing that they took part in, and assented to, such entry so made through the clerk, and to his swearing on the back of such entry that he was duly authorized to enter the said Oil, and (unfortunately for Plaintiffs) to his including in that oath that nothing had been on his part or by any other person to his knowledge concealed or suppressed, whereby Her Majesty might be defrauded of any part of the duty lawfully due. That entry signed by Plaintiffs was at 70 cts. they did not take this oath, but they allowed Jacques, Tracy & Co's clerk to swear, what they knew was untrue, as they had then in their possession an invoice of that Oil at a higher rate. This suffices to show their assent to the mode adopted by Jacques, Tracy and Co., of effecting entry by their clerk. This objection moreover is of no avail. The law requiring that the Agent or Attorney should produce written authority was complied with, the power of attorney to Craig, from Jacques, Tracy & Co. is produced and proved: Jacques, Tracy & Co. were the persons to whom the oil was forwarded for entry at customs and for distribution, and they produced advice note from Grand Trunk Company, and invoice to customs department. Apart from this, the objection is not available to Plaintiffs, they adopted and sanctioned all that had been done, by taking the permit and delivery of the oil, from Jacques, Tracy & Co. and taking possession of part of it. This requirement of the law was to prevent frauds,

not to facilitate a party who has acquiesced in and benefited by a fraud practiced from avoiding the consequences of it, even supposing that no written authority to Craig had been produced or proved. 4thly. The authority of Crispo to administer the oath is derived from the act regulating the general management of the customs, 8 Vict., ch. 4, sec 14, which confers this power on the " collector or chief officer of customs," or " persons acting for them respectively." This is not repealed by the 12th section of 12th Vict., ch. 1, relied on by Plaintiffs' counsel, as it was passed with a view to extend the provisions of the former act. But the proviso to this clause empowers the governor in council to appoint other persons to administer the oath. Defendants were not bound to prove Crispo's appointment: it is sufficient in law to shew that the public officer is in the habit of administering oaths, and his authority will be presumed. 1 Taylor, *On evidence*, p. 155, lays down that rule and says: " This rule has been expressly adopted by the " legislature in the statutes relating to the excise and customs, " and at common law it has been held applicable to (here fol- " lows a lengthy enumeration of public officers, and concludes " by saying) and *indeed it extends to all public officers.*" It is one which prevails in Criminal Courts on trials for perjury. Moreover, the taking of the oath is not essential. The forfeiture operates by the simple fact that in the invoice the goods were undervalued, 18 sec. 12 Vict. ch. 1. 5thly. Plaintiffs' counsel urged that the law requires that there should be an *intent to defraud*, and that none was proved. As to the proof Defendant refers to the remarks hereafter made to the 6th objection. It is sufficient here to say, that the intent is presumed from the unlawful act. It is a principle of law obtaining in all courts, civil as well as criminal, and more frequently acted upon in the latter, that a person is presumed in law to intend the natural consequences of the act done. 1 Taylor, *On evidence*, p. 92: " The presumption that a party intends the " natural consequences of his acts, is not confined to criminal " matters, but extends equally to his civil responsibilities." 6thly. It was also urged that Jacques, Tracy & Co committed no intentional fraud; and even if they had that Plaintiffs had no knowledge of it, and could not be legally responsible for their acts. The answer to that is, 1stly. That the evidence conclusively establishes that they intentionally committed a fraud; 2ndly. That Plaintiffs knew that on previous occasions as well as on that, they were defrauding the revenue; 3rdly. That whether they knew it or not, they adopted their act and benefited by the fraud by taking possession of a part of the goods, and in the act of taking the remainder, and hence legally responsible. 1st. That Jacques, Tracy & Co. intentionally

committed a fraud not only in entering the oil in question, but in all previous entries made by them, is shewn by the following facts in evidence and which renders comment unnecessary: Thomas Craig, says: " After this, Bell, the appraiser, told me that for the future I must bring a correct invoice with a rate higher than forty cents. I do not recollect when he told me this, but it was between August, fifty-eight and March, fifty-nine. I now recollect that he told me this on an occasion when I wished to make entry of other packages of similar oil. I produced an invoice for the purpose of passing entry of the same, *and he then told me that he would not appraise the oil any more, and that I would have to produce a correct invoice.*" G. E. Jacques, (firm J. T. & Co.) examined by Plaintiffs says: " On or about the 10th December, 1858, *our clerk was informed that in future an invoice must be produced.* On advising the shippers of this, and *considering it as a matter of form that the requirements of the custom house might be met,* and supposing that the company had no fixed value for their oil at the place of shipment, we intimated that as the oil had been appraised here at seventy cents *that that might be considered as the invoice price,* and that by complying with the request of the customs they would save further trouble." The company *acted on this suggestion,* and sent a lot of 28 packages, with an invoice at 70 cents, which was entered on or about the 5th February, 1859. The next and last shipment was the one in question." (The alleged supposition that the company had no fixed value, is absurd. He knew this oil was to supply purchasers' orders, and that there must have been a price higher than 70 cents, otherwise he would never have suggested the sending of an invoice at 70 cents for the purpose of passing entry at customs. Moreover Craig swears that what Bell wanted was the production of a *correct invoice.*) Jacques, Tracy & Co's Letter, dated 25th August, 1858, written to the company, shews Jacques was mistaken in his evidence as to the date, 10th December, 1858, and that he knew that the customs authorities here, as far back as August, 1858, required an invoice, at the *selling* price. After saying that they paid duty "at the rate of 40 cents, as per your invoice, and that two casks had been detained until additional duty was paid, they add. " we called on the collector this morning but could not shake his purpose in exacting the duty *at the selling price at your works.*" Letter, 31st August, 1858: " Since we had this pleasure on the 25th, we have waited on the commissioner of customs, relative to the duty on your Albertine, and regret to say that he sustains the opinion of our collector, *and that the oil must be entered for duty at the selling price at the works,* and not at the manufacturing costs:

both the commissioner and collector say *that the law is so plain on this point that the government cannot vary from it.*" Letter, 6th November, 1858, repeats the same thing, that they could not induce the collector to change his views; refers to their sending an invoice to Lymans, Savage & Co., at 55 cents, which Mr. Savage shewed to them, and concludes with this warning, "*but above all things you must avoid sending two invoices of the same lot, which, if discovered by the custom house people, will lead to serious trouble.*" Letter, 5th January, 1859: "On paying the duty on this lot, *the appraiser objected to passing it without an invoice, and said he would not pass any more.* 70 cents is as you are aware the value fixed on it. *We suppose there cannot be any difficulty* in the way of your sending *an invoice at this rate*, by each lot *to our address.*" Letter, 9th March, 1859: "We are sorry to inform you that the lot of 85 casks of Albertine Oil have been seized by the Custom House, *owing to their discovering* after he had made the entry and paid duty at 70 cents on the invoice sent us, that Lymans, Savage & Co., had an invoice of this lot at 90 cents." G. E. Jacques, when examined as Defendant's witness, swears first that Plaintiffs never showed him any of their invoices ;but when his attention was called to his letter of 6th November, 1858, he was obliged to admit that Plaintiff did show him an invoice at 55 cents. The tenor of that letter establishes that he knew it was a false invoice, and his letter of 5th January, 1859, proves that he must have known that Plaintiffs were paying more than 70 cents, as he never would have suggested as he did by that letter, the forwarding of an invoice at the appraised value of 70 cents, considering also that in his previous letters he admitted his failure to change the decision of the collector and commissioner that the duty to be paid must be "on the selling price at the works." 2ndly. That Plaintiff knew that on previous occasions as well as on the one in question, they were defrauding the revenue, is also abundantly proved. Alfred Savage, on his examination upon *subpœna duces tecum*, produces 4 invoices: Invoice A, 12 Aug., 1858, at 80 cents, entered on Invoice at 40 cents. Invoice B, 10 Nov., 1858, at 76 cents. Invoice C, 4 Dec., 1858, at 85 cents, entered at 70 cents. Invoice D. 11 Dec., 1858, at 85 cents, entered at 70 cents. The whole of his evidence is very important: but Defendant will merely call attention to the fact that he admits that all these invoices were received prior to the arrival of the oil: and that the invoice, was received about the 3rd February, 1859. He says, "*Jacques, Tracy & Co. of Montreal were permitted to make entries* of the oil mentioned in the said invoices, by appraisement on our account." *** "We never delivered to Jacques, Tracy & Co.

the original invoices we received from the New Brunswick Oil Works Company for the purpose of making entry at the customs. These invoices generally reached us before the arrival of the oil in question." *** Where invoices exist, entry at the customs is generally made by the production of the invoice: this, however, is not always the case. The goods imported by us were entered at the customs upon the invoices we received. The exception I have reference to, w[illegible] say, that entry is not always made on invoices, is when new goods or articles are imported which have no fixed commercial value here." G. E. Jacques substantiates truth of contents of letter 6th Nov., 1858, in which it is stated: "The last 5 brls. for Lymans, Savage & Co., was entered at this rate: they shewed us your invoice at 55 cents, but they did not deem it advisable to incur the risk of seizure, which they would were they to enter it at that price: they desired us to enter the lot, which we did at the price named, viz: 70 cents, this rate is 6 cents less than Quebec or Hamilton." This extract is taken "from paper fyled on the examination of Jacques, and not from what purports to be a copy of the same letter, forming part of documents marked fyled 22nd November, 1860, admitted to be the documents referred to in Jacques' deposition as those delivered by him to Bouchette, commissioner of cr[illegible]ms, as the latter omits some material parts of the former, [illegible] particularly the allusion to the Plaintiffs' showing them [illegible] invoice of 55 cents. This omission shews a clear intention on the part of Jacques, to conceal the truth and to deceive the Government by producing false copies of his correspondence. Defendant submits that, in the facts above referred to, there is conclusive evidence of Plaintiffs' knowledge of the fraud, and their participation in it. The excuse given by Savage that goods having no fixed mercantile value here are sometimes entered by appraisement, is futile, 1stly, It is not the value here, but its value at the place of exportation upon which the duty was payable. 2ndly, The fact was not as he assumes that the oil had no mercantile value here, for he has proved by two or three witnesses that its mercantile value here was 7s. per gallon. But it is urged by Plaintiffs' Counsel that it was agreed and understood that the appraised value of 70 cents should be the basis upon which entry should be made for payment of duty. This Defendant denies Craig's evidence and the extracts above given from Jacques' letters prove the reverse that although some entries were made by appraisement (the true invoices being suppressed) Bell positively refused to make any further entries in that form. Jacques suggests the sending of invoices at 70 cents; the company adopts his suggestion. Surely the court can never sanction such a pretention that because

the Plaintiffs purposely suppressed their invoices and induced the Custom House Officer to enter by appraisement at 70 cents, as shown by their participation in the entry that having thus accomplished one fraud by deceiving the officer of customs, they were justified in carrying out the fraud by authorizing Jacques, Tracey & Co., to enter the oil in question by appraisement as before. The fact of a false invoice at 70 cents being produced for the purpose of such entry made no difference ; the result was the same and the fraud equally as great, whether entered by appraisement at 70 cents, or upon an invoice at that price. 3rdly. Whether Plaintiffs knew of the fraud or not, they adopted the acts of Jacques, Tracy & Co., and benefited by the fraud by taking possession of a portion of the Oil, and consequently are legally responsible. It is established in evidence, that with the permit a notice was sent in the form of document "P," by Jacques, Tracy & Co., to Plaintiffs. This notice informed Plaintiffs what amount of duty had been paid, viz: an amount less than that which they admit in their alleged tender should have been paid, and by acting on this permit and obtaining possession of a portion of the oil, they unquestionably adopted the act of Jacques, Tracey & Co. The fact that this notice was sent to them with the permit is proved. This notice is dated 5th March, 1859. W. J. Jacques, says, "We of course afterwards made out our "account advising Lymans, Savage & Co., of the payment of "the duty and freight. This was done as on all former occa-"sions. I could not say how soon the account was sent in, "after the entry was made ; *it may have been the same day ;* "it may have been a week after, but it cannot have been long "after."

MONDELET, J. *(dissentiens):* After giving this case a good deal of attention, I have come to the conclusion, that the judgment appealed from should be reversed, for, amongst other reasons, the following: I. The collector by law, has no right to take entries of any goods or articles, but from the owner, the importer, or the consignee, unless the person offering to make entry has a power of attorney, or rather in the terms of the law, authorized by a written instrument which he shall deliver to and leave with the Collector (12th Vict., C. 1. §§ 8 and 23.) The present case is one which the law does not cover; the entry made by the Collector is, consequently, a nullity. II. The entry made by Thomas Craig, being unauthorized, is evidently of no avail, a nullity, and a proceeding which the Collector could not validly act upon. III. There is no evidence that Appellants ever authorized Jacques, Tracey & Co., to make any other entry but upon appraisement; it follows that there was no guilt, fraud or wrong whatever on

the part of the Appellants in the proceeding here in question. IV. The pretended seizure by the Collector or his subagents, is not proved. The paper referred to by Maçon, of the 7th, or rather without a date, but which he says, was handed to him on the 7th March, has no bearing upon a seizure which is pretended to have been made on the 8th. And even as to that Jordan speaks from notes in the Office, as to a seizure made or mentioned as having been made by another person: this is no evidence. V. The Collector, if he ever made a seizure, was bound by 10th and 11th Vict., c. 31, § 51, 52 and 58, to have the goods and articles condemned upon information, in a Court of Justice. VI. In the absence, total absence of evidence as to the day of seizure, there is no legal way to determine the commencement, running and end of the 30 days, within which Appellants could claim these goods and articles. VII. Appellants are to be judged for this present case; therefore, it is neither right, nor legal, to draw from circumstances foreign to the present issue, inferences prejudicial to their interest in the case now under consideration. VIII. There is no evidence whatever of fraud, or of the remotest intention of committing any, on the part of the Appellants, nor of violating the law. The evidence as to Jacques, Tracy & Co., being authorized to make entries by appraisement, cannot be divided; it must be taken as given and we have no right to twist that evidence into one of a general authorization to make, on the part of the Appellants, entries of any and whatever description. There was an obvious reason for making such entries by appraisement. The oil in question, was an experiment which no known value had, as yet, been set upon, so that in the present, as in former cases, where Mr. Bell had made such appraisements, it was quite natural that the same course should be followed.

MEREDITH, J. *(For the majority of the Court.)*: Appellants, in the month of January, 1859, purchased 19 barrels and four casks of Albertine Oil at 90 cents per gallon from the New Brunswick Oil Company. The sellers, who carry on the business at St. John, New Brunswick, sent to Appellants an invoice in which the oil was charged at its true price, but they, at they same time, sent another invoice to Jacques, Tracy & Co., of this city, in which the 23 packages of oil intended for Plaintiffs, together with 62 other packages, were charged at 70 cents par gallon, instead of at the true price 90 cents per gallon, and, upon this false invoice, the whole of the 85 packages were entered at the Custom House by Jacques, Tracey & Co. Our law declares in effect "that if, *in any invoice or* "*entry*, any goods shall have been undervalued for the pur- "pose of avoiding the payment of the duty, or of any part of

"the duty, on such goods" all the packages and goods includ-"ed, or intended to be included, or which ought to have been "included, in such invoice or entry shall be forfeited." 12 Vic., c. 1., § 18., C. S. C., p. 228. In this case the undervaluation is certain, and indeed is not denied, and it is equally certain, as a maxim of law, that every person must be taken to intend that which is the immediate and necessary consequence of his deliberate acts. In this case the only object to be attained by the undervaluation of the oil, in the invoice, and entry, at the customs, was the "avoiding of the payment of a part of the duty;" and that the oil, was so undervalued, for that purpose, is, it seems to me, beyond the possibility of reasonable doubt. According to this view of the case, the point to be considered by us is, as to whether Jacques, Tracy & Co., in entering the oil did so with the knowledge and consent of Appellants, so as to make the oil belonging to them subject to forfeiture. Appellants in the course of the preceding autumn and wir. ·, had imported oil from the same manufactory at four different times. On all those occasions, the oil was entered at the Custom house by Jacques, Tracy & Co.; in each of the four entries, the oil was undervalued; and in no instance did Appellants place in the hand of Jacques, Tracy & Co., the invoice which Appellants had in their own possession showing the true cost of the oil. That Appellant were aware of the rate at which their oil had been entered for duty on these occasions is beyond doubt; for they are proved to have refunded to Jacques, Tracy & Co., the amount of the duties which they had paid at undervalution as already mentioned. Thus far, as regards the previous acts of the parties. As to the importation in question, we find that Appellants were notified of the shipment of the oil by a letter dated the 29th January, 1859, from the manufacturers, in which Jacques, Tracy & Co. are alluded to in connection with the payment of the duties. W. H Clare, (at that time a bookkeeper in the employ of the Appellants) says: "A few days before the arrival of the oil in question in this cause, some one called at the office of Plaintiffs, I thing Craig, a clerk of Jacques, Tracy & Co. who informed me that a parcel of oil was on the way for Plaintiffs and others, and asked if he should enter the oil with that for the other parties. I told him he might do so; of course meaning that he should enter it as formerly, by appraisement. I did not in any way mention this interview to Plaintiffs or any of them until after the seizure." On the arrival of the oil it was entered by Jacques, Tracy & Co. who in the usual course of business obtained from the custom house the order for the delivery of it, which they gave to Appellants; and the latter, having

orders on hand for part of the oil, at once sent for and obtained nine barrels of it, and afterwards refunded to Jacques, Tracy & Co. the amount which they had paid as duty on the oil, at the undervaluation, already mentioned of 20 cents per gallon. Appellants thus, in the most unequivocal manner, adopted the act of Jacques, Tracy & Co. and if there were no other evidence in the record than that to which I have alluded I think it would have been sufficient to have justified the court in holding that Jacques, Tracy & Co. in entering the oil at the custom house did so with the knowledge and consent of Appellants. In addition to this however we have the statement of Alfred Savage, one of Respondents, who, in answer to the question, " were you aware of the lot of oil purchased by you " having been entered by Jacques, Tracy & Co." has answered " we were not aware that it had even arrived, and did not know " of its having been entered until the order for delivery was " brought into our office ;" he however adds this very important statement "but some time ago we were notified by Jacques, " Tracy & Co. of its being on the way; *when we consented to " their acting as agents and entering at the custom house as " formerly.*" It is, therefore, plain that the oil in question was entered at the custom house by Jacques, Tracy & Co. with the knowledge and consent of Appellants; that when it was so entered it was undervalued in order to avoid a payment of part of the duties, and that Appellants were aware it was to be so undervalued. As to the last point there cannot, I think, be any doubt when it is recollected that the previous importations had been undervalued by Jacques, Tracy & Co. as agents for the Appellants, and that, they being aware of this, consented, with respect to the oil in question, that the same Jacques, Tracy & Co. should act as their agents, and enter the oil at the customs *as formerly*. The explanation of Appellants as to the undervaluation of the oil is that they understood from Jacques, Tracy & Co. that they had come to an arrangement with the customs to enter the oil by appraisement. The answer to this explanation is, that according to provisions of our law, which Appellants either knew, or were bound to know, the entry of the oil *by appraisement* under the circumstances of this case, was impossible. The law expressly declares what shall be the value of goods as regards the payment of duty: and requires that with the entry there shall be produced an invoice of the goods attested under oath. (1) In the present case, a genuine invoice of the goods had been sent to Appellants, and was in their possession at the time the entry was made; and if that invoice had been produced, as it ought to have been, no officer of the

(1) 12 Vict., ch. 1, § 66. 12 Vict., ch. 1, § 7 et 8 ; C. S. C., p. 223.

customs, even if so disposed, could have caused a valid entry to be made by appraisement, under the invoice value. (1) There is not however any ground whatever for supposing that the custom house authorities ever gave Jacques, Tracy & Co. any reason to believe that the casks of oil which afterwards were seized could be entered by appraisement. George E. Jacques, in his deposition, says: that, on or about the 10th of December, 1858, our clerk was informed that in future an invoice must be produced. It appears from the statement of the clerk that an attempt had been made to enter a lot of the same oil at 40 cents per gallon, that being a little more than half its value, and that he was then told that he would have to produce not merely an invoice, for that had already been done, but a "correct invoice." This must have occurred, not as Jacques says in December, but, in August, or at least his firm were aware in August of the views of the custom house authorities on this subject; for in the letter of Jacques, Tracy & Co. dated the 28th of August, and written to the manufacturers they say "we called on the collector this morning, but could "not shake his purpose in exacting the duty *at the selling* "*price at your works.*" And in their letter of the 31st of August, they say "since we had this pleasure on the 25th we "have waited on the commissioner of customs, relative to the "duty on your Albertine, and regret to say that he sustains "the opinion of our collector, and that the oil must be entered "for duty *at the selling price at the works,* and not at the "manufacturing costs, both the commissioner and the collector "say that the law is so plain on this point that the govern-"ment cannot vary from it." And, yet, notwithstanding these statements, Georges E. Jacques, in his deposition, has said he considered the demand of the custom house for the production of an invoice a "*matter of form,*" and although the manufacturers had sent forward false invoices in order that the oil might be undervalued at the custom house, he has sworn "I "believe that the oil company had no intention whatever to "defraud the revenue, but were acting in good faith as we "were." It is needless, however, to dwell upon this part of the case, because the entry itself shows that there was no consent that it should be made by appraisement. On the contrary it was made by invoice: not however by the true invoice, but by a spurious one forwarded by the sellers for that purpose. As I view the case, the important facts against the Appellants are 1st. that they, knowing that the same oil had previously been undervalued for them by Jacques, Tracy and

(1) For the law expressly declares "that the value of any goods for duty, shall never be appraised at less than the value for duty as it would appear by the invoice and bill of entry. C. S. C., p. 226, chap. 17, sec. 33, clause 4.

Co., at the Customs, empowered that firm to enter the oil in question, in the way they had previously done with respect to the other oil. 2dly. That although they empowered Jacques Tracey and Co., to make the entry in question, they withheld from them the genuine invoice, that being the only paper by means of which a right entry could have been made. And 3dly, after the entry was made they adopted the act of their Agents, took a part of the goods entered, and refunded the amount paid as duty according to the under-valuation. Under these circumstances, it seems to me that Appellants are bound by the entry of their Agents in the same way as if it had been made by themselves in person. I do not wish to be understood as saying that Appellants are proved to be morally guilty of having committed a fraud against the revenue laws. They may have understood, as Savage says they did, that their Agents had come to an arrangement with the Customs to enter the Oil by appraisement. And they may have supposed that, in this case, such an arrangement could have been made. If they entertained such an opinion they were under an error of law; but an error of law cannot relieve them from the consequences of the act of their agent which they authorized and ratified. Appellants knew all the material facts; those facts upon the face of them disclosed what was fraud in a legal point of view; and for the consequences of that fraud, in law, they must to the extent of the judgment of the Court below be held liable. I do not fail to bear in mind that it is contended the entry is null not having been made by the "owner," "consignee" or importer or an attorney duly authrized. With respect to this pretension it may be observed that by the invoice sent to Jacques, Tracy and Co., by the shippers, and upon which the goods in question were entered at the Custom House, Jacques Tracy and Co., appeared to be the consignees at Montreal, of the goods. The leading of that invoice is as follows: "85 packages Albertine Oil shipped by the New Brunswick Oil Works Co., on board the schooner Pearl for Portland consigned to Rhynas, Starr and Co., to be forwarded by Grand Trunk Railway Company to Jacques, Tracy and Co., for account and subject to order of shippers." Under this invoice, upon the face of which Jacques, Tracy and Co., appeared to be the consignees, at Montreal, of the goods, the entry in question was made at the Custom House, with the knowledge and consent of Appellants; who therefore cannot now be allowed to say that Jacques, Tracy and Co. were not the consignees of the goods. A judgment maintaining the doctrine contended for by Appellants would be, in effect, an invitation to frauds upon the revenue laws. In any case where a fraud was

intended, the owner, consignee or importer, would cause some other person to appear to be the owner, consignee, or importer, and as such, to enter the goods at the Custom House. If the fraud were not discovered, the real owner would of course treat the entry as good and would take the goods under it; but if the fraud were found out, the owner would turn round on the Custom House officers, and say, that the entry was null, not having been made by the owner, consignee, or importer, or a person thereto duly authorized. In the present case until the undervaluation was discovered at the Custom House Appellants were willing to act upon, and did, by taking part of the goods, act upon the entry made by Jacques Tracy and Co.; and it was only *after* the seizure of a part of the goods that the pretension was advanced that the entry was made by an unauthorized person. It is in vain for Appellants to say that Craig by whom the entry was made, had no authority from them. They authorized Jacques, Tracy and Co. to make the entry. Such entries, in the usual course of business, are made by the Custom House Clerk of the party whose business it is to make the entry; and in the present case, the Clerk Craig, who made the entry, held a regular power of attorney from Jacques, Tracy and Co.; and therefore the entry made by Craig is, as to its legal effects, the entry of Appellants. It has also been contended that the undervaluation of the oil cannot be considered fraudulent as it had not any fixed value at the place of shipment. But this pretension, which it was incumbent upon Appellants to prove if they wished to derive any advantage from it is not borne out by the evidence. On the contrary, we know exactly at what prices several lots of the same oil had, previously to the seizure, been sold to appellants, and we also know that by a letter bearing date the fourteenth October, 1858, that being about four months before the entry in question, the manufacturers of the oil had written to Jacques, Tracy and Co. saying. "Our home orders and the demand from abroad exceed our means of supply near 3000 gallons, and we are reluctanly obliged to turn away orders for new services that we may not disappoint our older friends." Some objections were also made to the form of the entry, but, in my opinion, they cannot be maintained, the provisions of the statute as to the form of entries are directory: and I am not aware of any irregularity in the entry which would justify us in treating it as null. The Appellants themselves have acted upon it, and taken advantage of it, and cannot now be allowed to question it by exception as to form. A great part of the argument before as turned upon the question respecting the legality of the seizure and sale of the oil claimed. Upon that part of the case, I

do not deem it necessary to express my opinion: because, for the reasons already explained, it seems to me to be plain, that the oil in question was *undervalued in the invoice and entry* "for the purpose of avoiding payment of part of the duties" payable thereon; that in consequence of such undervaluation the oil became forfeited under the positive provisions of our law; and that, after the forfeiture, the Appellants ceased to have such an interest in the oil as to enable them to dispute the legality of the sale by the Custom House authorities. For these reasons I am of opinion that the judgment of the Court below ought to be confirmed. Judgment of Court below confirmed. (7 *J.*, p. 169.)

STRACHAN BETHUNE, for Appellants.
HENRY STUART, Counsel.
F. P. POMINVILLE, for Respondent.

VERBAL LEASE.—USE AND OCCUPATION.—PLEADINGS.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, June, 1863.

In Appeal from the Superior Court, District of Montreal.

Coram AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., MONDELET, J., MONK J.

JOSEPHTE VIGER, (Plaintiff in the Court below), Appellant, *and* JOSEPH BELIVEAU, (Defendant in the Court below), Respondent.

Held: 1st. That in an action for rent where the lessee by his plea or otherwise admits the existence of a verbal lease, and occupation, the lessor may prove by witnesses the value and duration of the occupation.

2nd. In an action taken out under the Lessor's and Lessee's Act, where a portion of the demand is for rent payable for a house and another portion is for rent payable for moveables, the demand for rent is maintainable under this act as an accessory.

3rd. That the lessee, by one of his pleas, having admitted that he had to pay £180 of rent, and assessments, the Court, which maintains the demand of the lessor for £250 of rent, will not also allow him for the assessments which are only admitted or proved by such plea; in a word, the Court will not divide the admission in the plea.

4th. That the Defendant having admitted by one of his pleas, the existence of a verbal lease, the admission of this plea will be taken against him, although the Defendant have also pleaded the general issue.

The Plaintiff's declaration alleged: "Que par bail, reçu à Montréal, devant Papineau et son confrère, notaires, le dix

février 1858, la Demanderesse, agissant par son procureur, Ulric Boudreau, loua au Défendeur pour le terme et espace de trois années, à compter du premier mai alors prochain, savoir: *Une maison à deux étages en pierre, avec allonge, une cour et autres bâtisses en dépendant, située en la Cité de Montréal, bornée en front par la rue Saint-Vincent, derrière par les héritiers de feu Joseph Roy, d'un côté au nord-ouest par Felix Larocque, et d'autre côté par Séraphino Giraldi ou représentants ;* que ce bail fut ainsi fait à la charge par le Défendeur de payer toutes les cotisations et les taxes municipales auxquelles la propriété pourrait être assujettie pendant la durée du bail, et, en outre, pour et moyennant le prix et somme de cent cinquante livres, cours actuel, de loyer par chaque année, payable par quartiers de trois mois en trois mois; que le bail est expiré le premier de mai 1861, mais que le Défendeur a continué d'occuper et occupe encore les prémisses du consentement de la Demanderesse et comme son locataire, mais que la Demanderesse, ayant fait des dépenses et améliorations considérables sur la maison, et l'ayant garnie d'une grande quantité de meubles pour l'usage du Défendeur, ce dernier promit lui payer, pour l'année courante, la somme de deux cent cinquante louis courant, cent quatre-vingt louis, pour la maison et dépendances, et soixante-et-dix louis pour le loyer des meubles, et de plus les cotisations; que le Défendeur aurait, de fait, payé à la Demanderesse les deux premiers quartiers de loyer pour l'année courante, sur le pied de deux cent cinquante louis, savoir, le quartier échu le premier d'août et le quartier échu le premier novembre dernier; que la valeur annuelle de l'occupation de la maison sus-désignée et dépendances, avec les meubles et autres objets qui s'y trouvent, appartenant à la Demanderesse est d'au moins la somme de mille piastres; que, le premier février courant, il est devenu dû à la Demanderesse une somme de deux cent cinquante piastres, pour un quartier du loyer, laquelle somme est encore due à la Demanderesse, avec, en outre, trente piastres, pour cotisation spéciale imposée sur la maison en 1860, et $68.75 pour les cotisations de l'année 1861, que le Défendeur a négligé de payer; que les trois dernières sommes forment ensemble $348.75. A ces causes, la Demanderesse conclut à ce que le Défendeur soit assigné à comparaître devant cette cour, pour voir dire et déclarer que, faute par le Défendeur d'avoir payé le loyer pendant les trois derniers mois *et suivant leurs conventions, le bail ou convention verbale, en vertu de laquelle le Défendeur tient et occupe les prémisses soit rescindé et annulé,* et que le Défendeur soit condamné, sous quarante-huit heures du jugement à intervenir, de rendre et de remettre à la Demanderesse les dites prémisses avec tous les meubles et objets

lui appartenant, sinon et à défaut par lui de le faire sous tel délai, qu'il en soit expulsé sous l'autorité de cette cour en la manière ordinaire et ses meubles mis sur le *carreau* ; conclut, en outre, la Demanderesse à ce qu'il émane un bref de saisie-gagerie pour saisir et arrêter, par voie de Saisie Gagerie, tous les meubles et effets mobiliers appartenant au Défendeur et qui se trouveront dans la maison et dépendances pour satisfaction du loyer ; que le Défendeur soit condamné à lui payer la somme de $348.75, avec intérêt et les dépens ; que la Saisie-Gagerie soit déclarée bonne et valable, et qu'il soit ordonné que les meubles effets ainsi saisis seront vendus, en la manière ordinaire, pour sur le produit de la vente d'iceux être la Demanderesse payée *de la dite créance, en capital, intérêts et dépens.*" L'intimée rencontra la poursuite de l'Appelante ; 1° par une Défense au fonds en droit, 2° par deux exceptions péremptoires. La défense en droit ne fut formée que contre cette partie de la demande qui a trait au loyer de $250, et à la cotisation de $68.75, prétendus dus en vertu d'une certaine convention verbale ou d'un contrat de louage. A l'appui de cette défense, l'Intimé soutenait que les conditions essentielles au contrat de louage n'étaient pas énoncées dans la déclaration ; par exemple, qu'il n'y avait aucun allégué de la durée du bail verbal, ni de termes ou quartiers de paiement ; qu'au contraire, il apparaissait sur la face même de l'action que le loyer était payable par année, et qu'en conséquence, l'Appelante était mal fondée à répéter aucun loyer de l'Intimé avant l'expiration de l'année. Les parties furent entendues sur ce plaidoyer préliminaire, qui fut renvoyé sans frais ; l'Intimé résume ainsi les allégués de ses deux exceptions ; que la convention qui eut lieu entre l'Appelante, agissant par son procureur, Ulric Boudreau et lui, n'est pas telle que relatée dans la déclaration ; qu'il fut convenu, en effet, dans le courant de janvier, 1861, que le bail serait de cinq ans à compter du mois de mai, 1861, à raison de £180, par année, pour la maison et dépendances réparées, et de plus en payant les taxes et cotisations ; que quant aux meubles qui furent plus tard apportés dans l'Hôtel Richelieu par M. Boudreau, l'Intimé ne les reçut qu'à la condition qu'il ne paierait pas plus de loyer pour la première année, savoir : £180, et ce, en considération des dommages qu'il avait soufferts pendant trois mois, lorsque l'Appelante faisait réparer l'Hôtel ; mais que, pour les quatre dernières années, il lui paierait £70 de plus, savoir : £180, pour la maison et £70 pour les meubles ; ce qui fut accepté par le procureur de l'Appelante. Puis, attendu que l'Intimé au temps où l'action en expulsion fut prise contre lui, devait une balance de loyer, d'après la convention, telle que plus haut relatée par lui, il offrit quarante piastres, la

lance de loyer due le premier février dernier sur la propriété, ensemble avec la cotisation due de $68.75, la taxe spéciale de trente piastres, prétendue due sur l'année 1860 et 1861, et les frais encourus jusqu'au temps de l'offre, se montant à la somme de £10,7,2, en tout la somme de $180.19, que l'Intimé offrit avec ses exceptions. L'Appelante refusa cette offre. The Court below, (Berthelot, J., April 1st. 1862), rendered the following judgment: "La Cour, considérant qu'il n'y a aucune preuve de bail verbal invoqué par la Demanderesse comme ayant eu lieu entr'elle et le Défendeur de la maison et dépendances, désignées en la déclaration, et que les conclusions de la déclaration pour expulsion ne reposent pas sur des allégués d'occupation suivant la loi à cet égard, mais bien seulement sur des allégués de conventions de bail ou conventions verbales, qui n'ont pas été prouvées; et considérant, de plus, que la demande pour loyers ne peut réussir, sans que la demande en expulsion soit suivie d'un jugement, a débouté la présente action." From this judgment Plaintiff appealed.

MONDELET, J.: Je n'ai pas l'ombre de doute quant au bien jugé de cette cause, en Cour de première instance, (Juge Berthelot) pour la raison toute simple, que l'action est fondée sur l'allégué d'un bail verbal, et non sur l'usage et occupation simplement. L'allégué qui, en bonne procédure, ne pouvait aller en compagnie du bail, comme moyen distinct d'action, n'est fait qu'incidemment. Outre cela, il ne pouvait, aux termes du statut des locateurs et locataires, y avoir jugement pour loyers, qu'autant qu'il y a un bail. Or, ici, il n'y a aucune preuve de bail. D'ailleurs, la section de l'acte qui substitue l'usage et occupation comme présomption d'un bail, n'a aucun rapport aux meubles, et n'a rapport aux propriétés que dans le cas où il y a occupation, avec la permission ou consentement du propriétaire sans bail, c'est une disposition de la loi qui a rapport aux héritages seulement. Et cette section, pût-elle même, par une interprétation forcée, être appliquée aux meubles meublants, comment pourrait-on soutenir un jugement fondé sur des conclusions pour obtenir *que le bail soit* annulé (sur les conclusions à cet égard, dans la cause actuelle), puisque dans le cas de simple usage et occupation, il n'est aucunement question d'un bail. Il est bon de remarquer, qu'il n'en est pas de ces actions, comme d'une action d'assumpsit, dans laquelle on introduit *par tolérance* toutes sortes de chefs. Ici, cette action doit être pour une chose ou pour une autre. Or, comme les conclusions, sont exclusivement fondées sur un Bail, il est hors de question, que la cour accorde ce qui n'est aucunement demandé, et ce à quoi il est bien évident que la Demanderesse elle-même ne songeait pas. Quant aux offres *faites avec les Exceptions* elles ont été refusées. Elles ne lient

pas le Défendeur, et la cour aurait violé tous les principes, si elle eût donné à ces offres, une portée et un effet qu'elles ne peuvent avoir. Et en basant un jugement sur ces offres et rendant ce jugement sur un allégué glissé comme par accident et sans portée dans le corps de la déclaration sans conclusions y ayant trait, la cour eût rendu un jugement dépassant les allégués de la déclaration, un jugement nul par conséquent, et qui eût donné lieu à la requête civile, sans qu'il fût besoin d'un appel à cette cour pour casser ce jugement. J'adopte donc, sans hésiter. le jugement de la Cour de première Instance dont le motivé aussi concluant en logique qu'en loi, et en saine procédure, ne laisse rien à y redire J'opine donc pour la confirmation du jugement dont est appel.

MEREDITH, J.: The Defendant in the court below, now the Respondent, occupied the establishment in the city of Montréal, known as the hôtel Richelieu, as the tenant of Appellant for some years before the first of May, 1861. About that time, Plaintiff made extensive improvements in the hôtel, and put furniture into it of considerable value; in consequence of which, according to the allegations of Plaintiff's declaration, it was agreed, between the parties, that Defendant should pay £250, as rent for the year beginning on the first of May, 1861: that is to say, £180, for the house and dependencies, and £70 for the furniture used in furnishing the establishment: the assessments to be payable by the lessee. The Plaintiff, by his declaration, further alleged that the enjoyment of the premises and furniture was actually worth £250, per annum; that Defendant had paid Plaintiff, for the enjoyment of the premises, at that rate, for the quarters due on the first of August and the first Nov., 1861: but that he had failed to pay the rent for the quarter due on the first day of Feb., 1862: and Plaintiff, in consequence, concluded (his suit being under the lessors' and lessees act) for the rescision of the lease, for the ejectment of Defendant, and for a condemnation for the rent and costs. The Defendant pleaded that Plaintiff had verbally leased the premises to him for five years, at the rate of £180 per annum and the assessments; that, for the reasons mentioned in the plea, he was not to pay anything for the use of the furniture for the first year: but that, for each of the following years, he was to pay for the use of the hotel and furniture at the rate of £250 per annum, and Defendant tendered, as the balance of rent due by him, \$40: and, on account of assessments and a special tax for 1860, \$98.79; and for costs, £10 7s. 2d., in all \$180.19. In the course of the *enquête* Defendant gave an admission in the following words: "Le Défendeur admet, pour éviter des frais, (mais sans préjudice à ses défenses et objections à la preuve de la valeur et de l'occupation), que la

valeur annuelle de la maison désignée en la déclaration et des meubles de la Demanderesse qui s'y trouvent est de deux cent cinquante louis courant, savoir, cent quatre-vingt livres pour la maison, et soixante-dix pour les meubles." Plaintiff, however, did not, in the court below, derive any advantage from the admission so given, nor from Defendant's tender of $180.19; for, by the judgment complained of, the action of Plaintiff was dismissed, with costs. All the judges now present, excepting my learned brother Mondelet, are of opinion that the judgment thus rendered by the Superior Court cannot be maintained. Both parties admitted that Defendant held the premises under a verbal lease from Plaintiff: the occupation was also admitted: and, under these circumstances, we think as the parties differed as to the rate of rent payable by Defendant, that Plaintiff had a right to prove the value of the occupation by parol evidence, and, in this case, evidence was rendered unnecessary by the admissions already adverted to. This view, which we think reasonable, is fully borne out by the authorities cited by the learned counsel for Appellant. Poulain du Parc, vol. 9, p. 298, puts the following case: " Un propriétaire " a affermé verbalement son héritage, et il est hors d'état de " faire la preuve par témoins de la somme à laquelle porte la " convention parce qu'elle excède 100 livres. Si le fermier " avoue sa jouissance, et si la contestation est sur le temps " qu'il a joui et *sur le prix de chaque année;* des témoins " prouveront le nombre d'années et des experts en règleront " la valeur." Monteuel, in his valuable little treatise, *instructions faciles sur les conventions*, after saying that a party seeking to enforce a verbal lease *not followed by occupation*, has no other resource than the oath of his antagonist, then speaks of the case when the verbal lease *has been followed by occupation;* and with reference to that case, the author says, p. 177: " Quand le locataire a occupé l'appartement, il est toujours tenu de payer le loyer du temps qu'il l'a occupé. L'on défère le serment au propriétaire: il en est cru sur le prix annuel du loyer, à moins qu'il n'y eût une mauvaise foi visible. Tel est l'usage de Paris. Il serait injuste d'obliger les parties à des estimations toujours dispendieuses et peu fidèles." Toullier, vol. 9, p. 39, No. 32, after giving the article No. 1716, of the Code Civil which is in the following words: " Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal, dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment," adds: " Ces dispositions, comme on le voit, sont en tout conformes à l'usage de Paris, mais le dernier y déroge, en ajoutant: " Si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il

a déclaré." (1) These authorities, we think justify us in affording the Plaintiff (now the Appellant), relief from the judgment complained of; and indeed it seems to me contrary to the general principles of our law, in a case such as the present, where Plaintiff claims rent from her tenant at £250 per annum and where the tenant actually tenders rent at the rate of £180, with costs, for the court to say to Plaintiff, "you shall not have even the rent and costs tendered, and, on the contrary, your action shall be dismissed, with costs." Some objections were urged against the form of the declaration, in so far as it relates to the value of the use and occupation of the premises in question, but those objections are not, I think, well founded. The allegation in the declaration as to the value of the use and occupation is as follows: "Que la valeur annuelle de l'occupation de la maison sus-désignée et dépendances avec les meubles et autres objets qui s'y trouvent appartenant à la Demanderesse est d'au moins la dite somme de $1,000;" and this allegation it appears to me is quite sufficient. It has also been contended that, in a declaration alleging a verbal lease, a count for use and occupation cannot be inserted; but it does not seem to me that a count alleging a verbal lease, and a count for use and occupation are inconsistent with each other. If A. B. has held a house, worth £50 per annum, belonging to C. D., under a verbal lease from him, for a period of a year, C. D., after a count alleging the verbal lease, might, with truth, aver that A. B., had had the use and enjoyment of a house, belonging to him, with his consent and permission, for a period of one year, and that the use and occupation of the said premises for the said period was reasonably worth £50. C. D., if he had occasion to sue A. B., in the case supposed, might feel doubtful of his being able to prove the verbal lease; and, under such circumstances, a count for use and occupation would plainly be necessary for the protection of his interests against an unjust defence. The general practice has certainly been to add a count for use and occupation to the count alleging a verbal lease. No authorities have been cited, nor so far as I know have any reasons been urged in support of the opinion opposed to the pr[illegible] to which I have adverted; and, for my part I cannot discover any grounds that justify us in disturbi[illegible] On the part of Respondent it was also contended, that, [illegible] least, the action ought to be dismissed as to that part of the rent payable on account of the moveables. We however think, that the premises leased must be regarded as an hotel partly furnished.

(1) The other authorities cited by Appellant are Locré, 14, vol. pp. 279, 409, 423; Duvergier, 3 vol., No. 267, p. 239: Dalloz, Jur. du Royaume, vol. 9, verb. louage, p. 903 et seq.

and that the furniture may be considered as an accessory of the establishment for which it was purchased and in which it was used. Our judgment will therefore be in favour of Appellant, rescinding 'the verbal lease, ordering the ejectment of Defendant, and condemning him to pay a quarters rent at the rate £250 per annum, and also the special tax of $30 for the year 1860, tendered; but we do not condemn Defendant to pay the assessments for 1861, because the admission as to the value of the occupation does not cover the assessment. It is true that Defendant, by his pleadings and tender, admits that the assessments were payable by him: but this admission is accompanied by a statement that the rent payable by Defendants for the year 1862, was not the sum of £250 per annum, which we allow, but £180 per annum only. The admission of Defendant, in his plea, therefore, is that he had to pay £180 per annum, and assessments, and, under that admission, we cannot, after allowing Plaintiff at the rate of £250 per annum for rent, also allow the assessments. In a word we cannot divide the admission contained in the plea; and as to the admission given at the enquête it does not embrace the assessments. It is satisfactory to me to be able to add that Mr. Justice Duval, who heard this case with the judges now present, agrees with the majority of the court in the judgment now being rendered. The judgment in appeal was as follows: "Seeing that Appellant, in and by her declaration alleged that Respondent, from the first day of May, 1861, until the twenty-fifth day of February, 1862, occupied and enjoyed the premises mentioned and described in the declaration, together with certain articles of furniture used for the furnishing of the premises under a verbal lease between the parties. Seeing that it is also contended, on the part of Respondent, that he occupied the premises for the said period, under a verbal lease from Appellant. Seeing that, although both the parties admit that the premises were so occupied by Respondent under a verbal lease from Appellant to Respondent, yet, that they differ as to the amount of rent payable by Respondent to Appellant, under said verbal lease, for the use and enjoyment of the premises. Seeing that Appellant, in her said declaration, after reciting the making of the verbal lease, and the occupation by Respondent of the premises, from the first day of May, 1861, until the said twenty-fifth day of February, 1862, doth allege that the value of the use and occupation of said premises, including the articles of furniture was worth at least £250 per annum. And, considering that, as both the parties admit the existence of a verbal lease, and the enjoyment of the premises by Respondent as the tenant of Appellant, under such verbal lease, but differ as

to the rate of rent payable under such verbal lease, Appellant had a right to prove by *parol* evidence the value of the use and occupation of the premises including the articles of furniture. And seeing that both the parties have expressly admitted that the premises including the furniture are of the annual value of two hundred and fifty pounds; and considering that, on the first day of February, 1862, the sum of two hundred and fifty dollars became due to Appellant by Respondent, as the rent for the premises, including the article of furniture, from the first day of November, 1861, until the first day of February, 1862, and that Appellant had a right to recover that sum in and by her action, and to cause Respondent to be ejected from the house and premises in the manner prayed in and by the declaration of Appellant; and, therefore, that in the judgment of the Court below dismissing the action and demand of Appellant there is error; doth, in consequence, reverse the judgment rendered by the Superior Court, on the first day of April, 1862, and proceeding to render the judgment which the Court below ought to have rendered in the premises, doth rescind and set aside the verbal lease from Appellant to Respondent, and doth condemn Joseph Beliveau, within three days from the service upon him of a copy of the present judgment, to deliver up to Appellant the said premises, with the said articles of furniture, and that, in default of Beliveau so doing, within the said period of three days, it is further ordered and adjudged that Beliveau be ejected from the premises in due course of law, and that the furniture and effects of Beliveau in and upon the said premises be placed in the public street at his own risk, *mis sur le carreau;* and the attachment made of the furniture and effects of Beliveau is hereby declared good and valid; and Beliveau is also hereby adjudged and condemned to pay to Appellant the sum of two hundred and fifty dollars, and also thirty dollars, being the assessments on the premises for the year 1860, which Respondent hath acknowledged to be due by him, and which he had tendered to Appellant, which two sums of money form together $280; and the court doth also condemn Respondent to pay to Appellants interest on the said sum of two hundred and eighty dollars, from the twenty-eighth day of February, 1862, date of the service of process in this cause until paid; and the goods and chattels of Beliveau, seized and attached under the writ of *saisie gagerie*, are hereby ordered to be sold in due course of law, in order that, from the proceeds of the sale thereof, Appellant may be paid the said sum of two hundred and eighty dollars, with interest and costs. (7 *J.*, p. 199.)

DORION and DORION, for Appellant.

GIROUARD, for Respondent.

RULES OF PRACTICE.—SERVICE OF SUMMONS.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, 1st June, 1863.

IN APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT, DISTRICT OF BEDFORD.

Coram AYLWIN, DUVAL, MEREDITH, MONDELET and BERTHELOT, Justices

ARIEL KINNEY, (Plaintiff in the court below,) Appellant, and LEVI A. PERKINS, (Defendant in the court below,) Respondent.

Held: That service of a writ of summons made before eight of the clock in the morning is bad, the 18th rule of practice having force of law. (1)

This was an appeal from a judgment of the Superior Court, dictrict of Bedford, which maintained an *exception à la forme* of Defendant, and dismissed the action of Plaintiff with costs. Defendant, by his exception, alleged that there was no legal service upon him of Plaintiff's action: that the only service of the writ and declaration was made between the hours of seven and eight o'clock in the forenoon," whereas, by the rule of " practice of the Superior Court, service could only be made " between the hours of eight in the forenoon, and seven in " the afternoon." It appeared, by the bailliff's return, that, on the 17th August, 1861, between the hours of 7 and 8 of the clock in the forenoon, he served Defendant by leaving true copies of the summons and declaration with Defendant personally, at his domicile. The correctness of the bailliff's return was not disputed, Defendant resting his case wholly upon the fact that the service was made before 8 o'clock in the morning. The following was the judgment of the court below, rendered by MCCORD, J., on the 18th February, 1862. "The court doth maintain the exception, and, doth, " in consequence, dismiss the action of Plaintiff."

Dorman, for Appellant, contended that, by the law of Lower Canada, service of process made between sunrise and sunset *(de jour et avant le coucher du soleil,)* was a good and valid service, and the rule of practice, in its application to services during certain seasons of the year, was a departure from the provisions of the common law; that the rule of practice was directory only; that its observance was not enjoined *à peine de nullité,* and that non-conformity with its provisions did not affect the service in question with absolute nullity. The motive

(1) V. art. 29 C. P. C.

which led to the establishment of the rule, was undoubtedly to protect Defendant from service or other disturbance at an unreasonable hour. In this case, this reason is wanting, for the service was personal; it was made more than two hours after sun rise, and it was so made upon a farmer, who, as appears by the evidence, was, at the time of the service "about "his ordinary business, and made no objection to it."

Doherty, for Respondent: It was contended by Appellant, that the judges, in forming this rule of practice, transcended their authority, and it was assumed that the hours of service were regulated by positive law; i. e. that the maxim *sol occasus suprema tempestas esto*, was the law of Canada, and that the rule of practice was therefore a nullity. It was not true, that the maxim of the roman law, in regard to service, was ever the rule in Canada, nor even in France. Le Camus, Denizart, 2 vol. p. 453 vbo *assignation*. Previous to the framing of our present rules of practice, which came into force on the 17th December, 1850, the decisions of the tribunals of Lower Canada varied, the practice in the different districts being different, as appeared by contradictory decisions on this point. As late as November, 1850, we see this want of uniformity made manifest in the Superior Court, Quebec, in the case of *Robinson* vs. *McCormick*, (1). This decision was rendered immediately previous to the promulgation of the present rules of practice. The legislature, seeing the uncertainty of practice, and for the express purpose of securing uniformity, as set forth in the preambule to the enactment, by the 12 Vic. cap. 38, sec. 100, authorized any six judges of the Superior Courts to make Rules, &c., in pursuance of which enactment, the present Rules of Practice were made. That, in France, as well as in our own country, service of process was not regulated by absolute law, but by a rule of practice, which rule varied in different jurisdictions. But, by the 20th Vict., cap. 44, sec. 88, it was expressly enacted, as if to remove all doubts on the subject, that the rules of practice, then in force should remain in force until otherwise ordered by competent authority; thus adding the authority of the legislature to the order of the judges in establishing the rules, in obedience to which the action was dismissed as aforesaid. See Lower Canada consolidated statutes, cap. 83, sec. 148, subsection 5. The argument which attacked the validity of the rule of practice in question, if maintained, would virtually

(1) La loi des *Douze Tables Sol occasus suprema tempestas esto* n'est pas en force en cette province, et l'assignation faite à six heures du soir, dans le mois de novembre, après le coucher du soleil est légale. (*Robinson* vs. *McCormick*, C. S. Québec, 1850, BOWEN, juge en chef, BACQUET, et DUVAL, juges. 1 *D. T. B. C.*, p. 27.)

invalidate every rule in the whole category. Thus, it was a matter of law, that a Defendant, if sued by a person residing beyond the limits of the Province, was entitled to security for costs; this then was a matter of right, yet the rule of practice ordained that the right must be claimed within a certain number of days from the appearance of the party claiming it, else it would be held to be waived. Again, if a party were impleaded before a Court not having jurisdiction, by law he would be entitled to fyle a plea to the jurisdiction; yet the rule of practice prescribed that he could not do so unless he should first have made a deposit of a sum of money. All rules of practice necessarily abridge to some extent the absolute rights of suitors; but it is a necessary restraint, else there would have been no rule but arbitrary discretion. Although all persons might sue, and might serve writs of process on those they pursued, yet, they must have come into Court conformably to the rules of Court Order, regularity, and certainty were the objects to be attained, and it was clearly within the power of the Court to frame rules to regulate the time and manner in which suitors might assert their claims, else no rule would be of any force; for every rule tended to curtail the exercise of some legal right and to regulate the manner in which it might be exercised. Respondent, in conclusion, submitted, that the maxim *sol occasus &c.*, upon which Appellant relied, defined no time within which service should be made, and that as a rule of procedure, it was wholly superseded by our own rules of practice, made by competent authority, and with reference to the actual jurisprudence of our country, and the means necessary to facilitate the administration of justice in our own Courts. These rules, relied upon by Respondent, had been carefully made by our judges, as directed by law, and deliberately sanctioned by the Legislature: in fact made the law of procedure as above remarked and the judgment appealed from, had been rendered in conformity with these rules so made and sanctioned. Had the Hon. Judge then erred in rendering judgment? If so, what law or rule of law had he violated? In rendering the judgment, His Honor was bound by the rules authoritatively prescribed for his guidance.

AYLWIN, J.: This is an appeal from a judgment rendered by the Superior Court, in the District of Bedford, maintaining an *exception à la forme* of Defendant, and dismissing the action of the Plaintiff now Appellant with costs. Respondent by his exception says, that there was no legal service upon him of Plaintiff's action, that the only service of the writ and declaration was made between the hours of seven and eight o'clock in the forenoon, whereas "by the Rule of practice of

the Superior Court, service could only be made between the hours of eight in the forenoon and seven in the afternoon." It appears by the Bailiff's return, that, on the 17th day of August, 1861, between the hours of seven and eight of the clock in the forenoon, he served Defendant by leaving true copies of the Summons and declaration with Defendant *personally* at his domicile. The correctness of the Bailiff's return is not disputed: Respondent resting his case wholly upon the fact that the service was made before eight o'clock in the morning. The judgment contains no *considérants*, and Respondent, in support of his exception, rests solely upon the rule of practice of the Superior Court, which is in the following terms; it is chapter 4 No 18: "That every service of process and other "service on any party to a suit be made between the hours of "eight in the forenoon and the hour of seven in the after-"noon." But it is not enacted *à peine de nullité*. The rule is then directory merely and is not imperative or mandatory. To give it such a stringent application as to dismiss an action appears to me to be contrary to every rule of law. The 10th section of the 2nd chapter of the rules of practice, it is true, contains the following provision—"that every wilful breach of an order or rule of practice of this Court (for which no fine or other specific punishment is provided in the body of such rule or order,) shall be considered a contempt of Court and punished accordingly:"—but such punishment would hardly be dreamed of for such an offence as the service of a Bailiff, half an hour too soon before the 8 o'clock of the rule which substitutes the old Roman *sol occasus*. If it be necessary to enforce the rule in question, the 11th section of the 2nd chapter would be sufficient (which immediately follows the contempt of court rule): it enacts — "that in computation of time no fractions of a day be allowed, nor shall any Sunday or binding holiday (*fête d'obligation*) be reckoned, unless otherwise provided for by law." At the utmost, the service should have been held to be reckoned on the 18th of August, 1861, instead of the 17th: but then the service would have been sufficient, as the return day, was as late as Monday the 2nd September, fully in time. If it be necessary to mark the rule as to the hour of 8, though I conceive it to be wholly unnecessary, seeing that the service was before the hour, the Bailiff may have been mulcted in the cost of the service; but the dismissal of the suit I confess to be a hardship not justified by any law that I can understand. I am apprehensive that the enforcement of the rules of practice under similar circumstances would be dangerous in the extreme, as manifestly there is a large number of cases, in which rules far more important are to be found, in which they are not observed and

no attempt at dismissal of all action has been made or thought of. I am therefore of opinion, that such a rule which has been attempted would be more just in the breach that the observance, and that the judgment of the Court below should be reversed.

BERTHELOT, J.: La règle n° 18 des règles promulguées par la Cour Supérieure ou six des juges la composant, sous l'autorité de la loi 12 V., c. 38 s. 100 et sanctionnées par la 20 V., c. 44, s. 88, rapportée au ch. 83 des statuts refondus pour le Bas-Canada, sous-sect. 5 de la s. 148, du ch. 83, exige que la signification de toute assignation d'une partie soit faite entre huit heures du matin et sept heures de l'après-midi. Le retour constate que la signification a eu lieu avant 8 heures, et le Défendeur en a fait le sujet d'une exception péremptoire à la forme qui a été maintenue par la cour. Si l'Huissier pouvait le faire avant 8 heures, il pouvait aussi bien le faire avant 5 ou 6 heures du matin, ce qui pourrait être sujet à de bien grands inconvénients. Mais ce n'est pas là la question. Il s'agit de savoir si la règle de pratique doit être observée ou non.

Le jugement de la Cour Supérieure a eu pour effet de la reconnaître et de lui donner exécution. Je ne vois pas trop comment une cour d'appel pourrait déclarer que ce jugement a violé la loi. Car la règle de pratique en matière de procédure est la loi, lorsque les règles de pratique promulguées par la cour ont été sanctionnées et approuvées par la législature. Je suis d'avis que ce jugement doit être confirmé. Si nous faisions autrement, nous jetterions un trouble infini dans la pratique et les cours de tous les districts. Et où pourrions-nous nous arrêter ? Judgment affirmed. (13 *D. T. B. C.*, p. 302 et 7 *J.*, p. 207.)

ABBOTT and DORMAN, for Appellants.

M. DOHERTY, for Respondent.

BILLET.—CAUTIONNEMENT.—NOVATION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal 18 février, 1863.

Coram MONK, J. A.

MASSUE *vs.* CREBASSA.

Jugé: 1o. Que le délai accordé au faiseur du billet, par le porteur d'icelui, à l'insu de l'endosseur qui l'a payé longtemps après son échéance et après l'octroi du délai, ne peut pas être opposé à ce dernier sur son action en recouvrement du montant de ce billet.

2o. Que ce délai n'a pas l'effet de libérer l'endosseur. (1)

3o. Que cet endosseur n'est pas tenu d'offrir avec son action au Défendeur les billets subséquents livrés au porteur comme billets d'accommodement ou de simple délai. (2)

Le Demandeur réclamait, par son action, la somme de $500 00 montant d'un billet souscrit par le Défendeur en sa faveur, le 4 avril, 1861, et $2.05, coût du protêt, et intérêts. Le Défendeur plaida: " Qu'il est bien vrai qu'il a consenti le billet et que le billet a été protesté faute de paiement à son échéance: mais que le Demandeur, à l'exécution aussi bien qu'à l'échéance du billet, n'en était pas et n'en a pas été depuis le vrai et seul porteur et propriétaire pour valeur et de bonne foi, et que le Défendeur n'a jamais promis d'en payer le montant: " Que, lors de l'échéance du billet, et depuis son exécution, à savoir: le huit de juillet 1861, Alexis Mousseau, était le propriétaire du billet et qu'en effet, il a été protesté à la demande et réquisition de Mousseau, et que, là et alors, le Demandeur était et a toujours été partie au billet comme premier endosseur; " Que le billet est demeuré en la possession de Mousseau, jusqu'au vingt-troisième jour de juin dernier, jour auquel le Demandeur en eut la livraison et remise, mais sans avoir donné aucune valeur, et de mauvaise foi, et dans le seul but de prêter son nom à Mousseau: " Que ce transport et cette livraison du billet faits après son échéance n'a pas l'effet d'enlever au Défendeur tous les droits et moyens qu'il aurait pu opposer contre Mousseau, mais qu'au contraire le Demandeur est sujet et soumis aux mêmes objections, vices, défenses et exceptions que le Défendeur pourrait opposer, si Mousseau était réellement le Demandeur; " Que le sept d'octobre dernier, le Défendeur n'ayant pu rencontrer le billet à son échéance, et ne pouvant même le payer à l'époque en dernier lieu mentionnée, renouvela le billet par un autre billet en date de Montréal, sept octobre, 1861, pour le même montant payable

(1) V. art. 1961 C. C.

(2) V. art. 1171 C. C.

à trois mois de cette date, également à l'ordre propre du Défendeur, au bureau de la Banque du Peuple, signé et endossé par lui et remis à Mousseau; Que ce dernier billet devint dû et payable le dix janvier dernier, et ne pouvant encore le rencontrer, le Défendeur le renouvela par un autre billet en date de cette dernière époque, pour le même montant, payable au même lieu, à quatre mois de date, signé et endossé par le Défendeur et remis à Mousseau; que le treize de mai dernier, ce dernier billet devint dû, et que, là et alors, le Défendeur ne pouvant également en payer le montant, convint, là et alors, avec Mousseau de le renouveler, et effectivement le renouvela, là et alors, par un autre billet portant date Montreal, thirteenth May, 1862 conçu dans les termes suivants: "Three months after date, I promise to pay to my own order, at the office of La Banque du Peuple, in Montreal, the sum of five hundred dollars, for value received," signé, "John George Crebassa" et endossé également, "John George Crebassa" savoir la signature et endossement du Défendeur, et qui fut remis et livré par lettre à Mousseau, le quatorze de mai dernier: Que le Défendeur signa, endossa et livra à Mousseau les susdits billets et plus particulièrement le billet daté du treize mai dernier, sous l'expresse condition et stipulation avec lui que ce serait en renouvellement du billet sur lequel le Demandeur a appuyé sa présente action, et que Mousseau attendrait l'échéance des billets donnés en renouvellement, plus particulièrement, l'échéance du billet en date du treize mai dernier, ce à quoi Mousseau consentit et aquiesça: Que le billet en date du treize de mai dernier, devint dû et payable longtemps après l'institution de cette action, à savoir: le seize d'août dernier: que Mousseau a toujours retenu en sa possession tous les billets du Défendeur, tant le billet originaire que ceux en renouvellement, et qu'il a toujours refusé de les lui remettre, et qu'il les retient aujourd'hui encore en sa possession: Qu'ainsi il y a eu novation du premier billet sur lequel cette action est basée, lequel était éteint au temps où elle a été instituée et l'est encore, et que partant l'action du Demandeur, qui est aux droits de Mousseau, est mal fondée, et que, dans tous les cas, le Demandeur était tenu de remettre et offrir au Défendeur, avec sa présente action, les autres billets donnés en renouvellement ou à l'occasion du premier billet; Que, de plus, le Défendeur a payé le coût du protêt du billet ensemble avec la somme de cent piastres que Mousseau a usurairement imputé sur les intérêts, et retenu à titre de commission sur les billets donnés en renouvellement. Le Demandeur répondit: "que le billet qui fait la base de cette action, a été remis et livré au Demandeur, pour valeur reçue, et de bonne foi; que le Demandeur a été obligé et forcé, comme

endosseur du billet, pour se soustraire aux poursuites et à des frais, de payer le montant du billet à Mousseau, et, partant, le Demandeur est ainsi devenu le porteur et créancier *bonâ fide* du billet que le Demandeur n'avait endossé que pour favoriser le Défendeur et pour son accommodation; que le Demandeur n'a jamais eu aucune connaissance d'aucun renouvellement de tel billet par le Défendeur avec Mousseau, car s'il l'eût su, il aurait inévitablement pris avantage de toute novation qui aurait pu intervenir alors, avant que de payer le billet, sur lequel il était endosseur; que toutes les transactions qui ont pu avoir lieu entre le dit Défendeur et Mousseau: ne sont jamais parvenues à la connaissance du Demandeur, qui, menacé par Mousseau d'être poursuivi pour le montant du billet sur lequel il était endosseur, a été forcé de le payer: que c'est lui, le Défendeur qui est en faute, en ne se faisant pas remettre le dit billet qui fait la base de cette action, lorsqu'il a renouvelé le billet comme il le prétend; que, de fait, le Défendeur n'a jamais renouvelé le billet, et Mousseau n'a jamais voulu le renouveler, pour par lui pouvoir toujours conserver l'endossement du Demandeur, et que toutes autres transactions que le Défendeur a pu faire avec Mousseau, par billets ou autrement, ont été des transactions distinctes et séparées du billet qui fait la base de cette action, et tous deniers que le Défendeur a pu payer à Mousseau, soit en capital ou intérêts, n'ont jamais été payés à compte ou en déduction du billet qui fait la base de cette action, et dont le Demandeur est le créancier, pour valable considération, et est le porteur de bonne foi. M. GIROUARD, pour le Défendeur, soutenait ce qui suit: " Plusieurs questions sont soulevées par les défenses du Défendeur. D'abord, le billet qui fait la base de la présente poursuite a-t-il été renouvelé par des billets, subséquents à l'échéance du billet originaire, avec Mousseau qui en était alors le porteur. Il est bien admis que Mousseau, avant de recevoir le paiement du Demandeur, a accepté des billets à l'occasion du premier, et qu'il les retient encore; il est aussi admis que le dernier de ces billets subséquents à été signé et livré le 13 mai 1862, payable à trois mois, c'est-à-dire, environ deux mois après l'institution de cette action, et que le Demandeur n'a retiré et payé le billet originaire de Mousseau que le 21 juin, 1862, mais le Demandeur s'efforce de démontrer que tous ces billets subséquents n'étaient que des billets d'accommodement et non des renouvellements avec Mousseau. Il est bien vrai que la déposition de ce dernier n'est pas concluante en faveur du Défendeur, parce que, après avoir formellement déclaré qu'en prenant les billets subséquents," *il entendait s'être engagé à renouveler les billets et à donner au Défendeur le délai qui y était mentionné,*" il ajoute, dans les transques-

tions, qu'il ne les avait pas pris en renouvellement, dans le but de conserver l'endossement de Massue. Mousseau savait cependant aussi bien que le délai accordé par lui au faiseur du billet sans le consentement de l'endosseur déchargeait ce dernier comme le renouvellement. " D'ailleurs, la preuve du renouvellement du premier billet se trouve dans plusieurs lettres de Mousseau à Crebassa. A propos du dernier des billets subséquents, celui du 13 mai, 1862, Mousseau écrivait à Crebassa : " En réponse à la vôtre du sept, je vous informe " que je *renouvellerai encore votre billet* pour 3 mois, avec la " condition que vous en paierez au moins la moitié dans le " mois d'août ; veuillez me renvoyer le billet à temps avec les intérêts qui sont de $25." Or, non-seulement ce billet du 17 mai, 1862, a été pris par Mousseau à ces conditions, mais il en est de même des autres. Tous ont été pris aux mêmes termes ; Mousseau l'avoue formellement et ne l'a pas nié ensuite. Il semble que le renouvellement, qui est le mot consacré dans cette lettre, est prouvé de la manière la plus formelle. Maintenant, quel est l'effet de cette convention. On doit donner à ce mot comme aux autres le sens ordinaire et général. Renouveler ou innover implique de suite l'idée de novation, et le Défendeur sontient que le renouvellement emporte novation du billet originaire, " L'acceptation," dit Massé, *Droit commercial*, tome 5, page 274, No. 295, où la question est discutée au long, " de billets donnés en renouvellement ou en remplacement de " billets antérieurs non payés à l'échéance opère novation de " l'obligation : la créance qui résultait des billets est éteinte " par le seul fait de l'annulation de ces billets, et se trouve " remplacée par celle dont les nouveaux billets sont le titre." Voir aussi Chitty, *on Bills*, éd. 1849, page 181. Mais dit le Demandeur, Mousseau a toujours gardé par devers lui le billet originaire ? Oui, il l'a gardé, comme il a aussi retenu tous les billets subséquents ; mais il n'y a rien dans ce fait d'incompatible avec l'effet du renouvellement " Dans tous les cas," dit encore Massé, page 287, No. 306, " de ce que le porteur, tout " en passant le montant de la lettre de change au débit du " tireur, *aurait gardé l'effet par devers lui*, je ne crois pas " qu'on puisse en conclure, ainsi que l'a fait un arrêt de la cour " de cassation du 27 Novembre, 1827, qu'il a conservé tous " ses droits contre le tiré ou les endosseurs, et *qu'aucune " novation n'ait éteint les droits résultant de la lettre de " change* ; la possession de l'effet par le porteur n'implique " aucune contradiction avec les conventions qui en opérant la " novation de l'obligation primitive, en auraient annulé le " titre, et qui auraient par suite libéré les co-obligés, à qui ce " titre cessait d'être opposable." " Mais en supposant même qu'il n'y a pas eu de novation, le Défendeur doit avoir le béné-

fice du délai, que, le 13 Mai, 1862, Mousseau, alors porteur lui accorda, en acceptant son billet à trois mois pour le même montant. Enfin, le Défendeur soutient encore que, quand bien même, il n'y aurait pas eu de novation, le Demandeur aurait dû offrir par son action tous les billets subséquents retenus par Mousseau surtout, celui du 13 mai, qui n'était pas encore échu. " In an action," dit Chitty, *on Bills*, page 176, " for the " *original demand*, if it appear in evidence that a *negociable* " bill or note was given, *the Plaintiff cannot recover without* " *producing the instrument*, or proving that it is in pro- " cession or controlled, or proving that it was destroyed." La raison que donne Lord Ellenborough de cette règle est " that, as the note, for anything that appeared in evidence " was in existence it might be still in circulation so that " the Defendant might be subjected twice to the payment " of the same demand ; without therefore proving the " note destroyed, the Plaintiff was not entitled to recover." Chitty on bills, ed. 1849, page 176, note (*). Mais, répond le Demandeur, comment puis-je produire ces billets subséquents, et être aussi responsable du délai accordé au Défendeur par Mousseau avant de l'avoir payé, puisque je ne savais rien des transactions qui ont pu avoir lieu entre eux. A cela, le Défendeur prétend d'abord que le Demandeur connaissait une partie suffisante de ces transactions, et cela de la bouche même de Mousseau. A ce sujet, voici ce que Massue avoue, dans sa déposition, en parlant d'une entrevue qu'ils ont eue à propos de ce billet originaire, en novembre, 1861 : " J'ai offert à Mousseau de lui payer le billet " qui avait été protesté. D'abord, Mousseau m'a dit, c'est bien, " je vais recevoir l'argent ou prendre votre propre billet en " paiement : ensuite, Mousseau me dit : J'ai accordé délai à " Crebassa, jusqu'au premier janvier 1862 ; attendez jusque-là, " vous avez une chance à courir que Crebassa paie le billet, " c'est-à-dire, le billet poursuivi." Puis, lui étant demandé si Mousseau ne lui avait pas raconté comment il avait accordé " ce délai à Crebassa, il répond : " Mousseau ne m'a pas donné " aucune connaissance des affaires qu'il avait avec Crebassa, " *excepté qu'il m'a dit que Crebassa lui avait donné son billet* " *payable au mois de janvier*, mais que Mousseau conservait " toujours le billet protesté et poursuivi en cette cause comme " garantie." Admettons même que le Demandeur n'a jamais eu connaissance des transactions du Défendeur avec Mousseau, le Défendeur soutient, comme dernière proposition légale, que, même dans ce cas, il peut lui opposer le délai qui lui a été accordé, le défaut de production des billets subséquents et généralement toutes les exceptions et défenses qu'il aurait pu invoquer, s'il eut à répondre à l'action de Mousseau lui-

même. Il faut, en effet, remarquer que le paiement opéré par Massue n'a eu lieu qu'après l'échéance du billet poursuivi en cette cause, et même après la livraison du billet du 13 mai, 1862, et l'octroi du délai : que Massue n'était qu'endosseur par accommodement et simple caution solitaire de Crebassa. En conséquence, Crebassa n'avait aucune responsabilité personnelle vis-à-vis de Massue que comme le subrogé dans les droits du porteur Mousseau, par le paiement qu'il lui aurait fait en temps utile du billet ; et, évidemment, si les droits du porteur étaient éteints ou suspendus lors de paiement, tel paiement était nul et sans effet. Toutes les autorités, tant anglaises que françaises, paraissent d'accord sur ce point, d'ailleurs de droit commun. "So," dit Chitty, *on Bills*, page 391, "an endorser "or party who transferred a bill or note returned to him, and "called upon to take it up, should also perfectly assure him-"self, not only that the party applying for payment is the "lawful holder of the bill, but also *that there have not been* "any laches, by such order or other party, for if there have "been laches and prior parties have been thereby discharged, "*an indorser, by unnecessarily paying the bill, will not* "*revive the liability of the prior parties, or be enabled to* "*recover from them.*" "for," dit Story, *on Bills*, page 552, § 423, "he has no right, by such payment, to place them in "a worse situation than they would otherwise have been." "L'endosseur," dit Persil, *de la lettre de change*, page 330, "qui rembourse le porteur a les mêmes droits que ce dernier. "Cette disposition s'explique tout naturellement par la nou-"velle position que lui crée l'opération du remboursement. "L'endosseur tient alors la place du porteur à l'égard de son "cédant, de tous les endosseurs antérieurs et du tireur ; puis-"qu'il le remplace, il a tous les mêmes droits, mais il n'en "possède pas de plus grands." Voir aussi Pardessus, *Droit Commercial*, vol. 1er, page 421 ; Locré, *Esprit du code de Commerce*, page 518, art. 164. LAFRENAYE, pour le Demandeur, prétendit que la preuve ne faisait pas voir que le Demandeur eût connaissance des transactions intervenues entre le Défendeur et Mousseau, il devait nécessairement recouvrer du Défendeur le montant du billet qu'il avait été forcé de payer pour lui comme son endosseur. Que le Défendeur était tenu d'indemniser le Demandeur de toutes les conséquences pécuniaires de cet endossement, et que les autorités citées par le Défendeur ne pouvaient recevoir aucune application dans le cas d'un endosseur qui avait été obligé pour se soustraire aux poursuites du porteur, de payer lui-même le montant d'un billet protesté ; que, d'après les circonstances de cette cause, rien ne faisait voir que Mousseau eût commis des irrégularités (laches) telles qu'elles fussent de nature à rejaillir

sur les droits du Demandeur comme endosseur qui avait payé de bonne foi et dans la vue de protéger son crédit et d'éviter des frais inutiles ; que le Défendeur, par ses lettres, avait reconnu la validité de la réclamation du Demandeur et n'avait jamais prétendu avoir obtenu aucun délai pour le paiement du billet endossé pour le Demandeur.

" La cour considérant que le Défendeur n'a pas établi, par une preuve légale et suffisante, que le billet donné par le Défendeur à Alexis Mousseau du sept octobre 1861, ou les billets subséquents ont été donnés en renouvellement du billet qui fait la base de la présente poursuite, en date du 4 avril 1861, et échu le huit juillet de la même année. Considérant qu'il n'est pas prouvé, par une preuve légale et suffisante, que le billet donné par le Défendeur à Mousseau, porteur et propriétaire du billet qui forme la base de la présente action, ou les billets subséquents, a ou ont opéré aucune novation, paiement ou extinction du billet qui forme la base de la présente action, mais, vu qu'il est prouvé, au contraire, que les dits billets ont été donnés pour la commodité et pour l'accommodation du Défendeur, et accordèrent seulement un délai pour le paiement du montant du billet en date du quatre avril 1861, devenu dû et payable le 8 juillet 1861, et qui forme la base de la présente action. Considérant que toutes les transactions relatées dans l'exception du Défendeur sont intervenues entre le Défendeur et Mousseau à l'insu du Demandeur, et que Mousseau a toujours été et a continué d'être porteur et propriétaire du billet du 4 avril 1861, et ce, jusqu'au paiement du billet en dernier lieu mentionné par le Demandeur. Considérant que le délai accordé au Défendeur par Mousseau et les billets pris et reçus par lui pour l'accommodation du Défendeur n'ont nullement changé ou innové le billet qui forme la base de la présente poursuite ou libéré ou déchargé le Demandeur du billet du quatre avril 1861, donné et endossé par icelui. Considérant que le paiement du billet du quatre avril 1861, par le Demandeur, comme endosseur, sur icelui billet, est et était un paiement légal auquel le Demandeur était tenu et obligé en droit, comme tel endosseur. Considérant que, vis-à-vis de l'un et de l'autre, comme faiseur et endosseur sur le billet du quatre avril 1861, le Défendeur était, et est le débiteur principal, et qu'il ne lui est pas loisible de faire valoir une défense telle que produite en cette cause, et, pour réussir, il lui aurait fallut prouver qu'il avait précédemment payé le billet, ou que le billet a été formellement et légalement renouvelé, ou que novation en était intervenue entre lui et Mousseau, ce que le Défendeur a entièrement failli d'établir par une preuve légale et suffisante, a débouté et déboute la dite exception produite par le Défendeur, et, procédant à juger sur le mérite de cette

action et demande, et vu que le Demandeur a prouvé les allégués essentiels de sa déclaration, condamne le Défendeur à payer au Demandeur la somme de cinq cent deux dollars et cinq centins, la somme de cinq cent piastres, montant du billet en date du quatre avril 1861, échu le huit juillet 1861, et qui forme la base de la présente action." (7 *J.*, p. 211.)

LAFRENAYE et ARMSTRONG, *avocats du Demandeur.*
GIROUARD, *avocat du Défendeur.*

EXECUTION CONTRE LES MEUBLES.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 25 juin 1863.

Coram SMITH, juge.

MASSUE *vs.* CREBASSA, et CREBASSA, Opposant.

Jugé: 1° Que, sur une saisie-exécution, aucun commandement de payer n'est nécessaire. (1)

2° Que le débiteur exécuté est tenu d'alléguer et prouver qu'il a des biens dans les limites du district où le jugement a été rendu contre lui, s'il veut se prévaloir des dispositions de la 40e sec. du ch. 83 des statuts refondus pour le Bas-Canada. (2)

Le Défendeur, dans son opposition afin d'annuler la saisie mobilière faite en cette cause, prétendait qu'aucun commandement de payer ne lui avait été fait en vertu du writ, *alias Fi. Fa* de Bonis émané contre ses biens meubles, et adressé au shérif du district de Richelieu, dans les limites duquel district

(1) L'ordonnance de François Ier, du mois d'août 1539, enregistrée au parlement de Paris le 6 septembre, constate qu'avant sa passation, le commandement de payer était pratiqué avant de faire une saisie, et cette ordonnance prescrit de le faire à personne ou à domicile, et elle exige trois jours entre le commandement et la saisie-exécution. Voici les articles 74 et 95 de cette ordonnance qui sont relatifs à ce sujet. (74) " Qu'en toutes exécutions, où il y a commandement de payer, ne sera besoin pour la validité de l'exploit des criées, ou autre, saisie et main mise de personnes ou de biens, faire perquisition de biens meubles, mais suffira du dict commandement dûment fait à personne ou a domicile." (95) " Qu'en matière d'exécution d'arrêt ou jugement passé en force de chose jugée, donné en matière possessoire ou pétitoire, si le tout est liquidé par le dit jugement ou arrêt ; qu'en ce cas dans trois jours précisément, après le commandement fait au condamné, il sera tenu obéir au contenu du dit jugement ou arrêt, autrement à faute de ce faire, sera condamné en soixante livres parisis d'amende

(2) La sec. 40 du ch. 83 des S. R. B. C., se lisait comme suit : " Lorsqu'une personne contre laquelle un jugement a été rendu dans la Cour Supérieure, n'a pas de biens meubles ou immeubles suffisants pour y satisfaire dans le district dans lequel tel jugement a été rendu, mais qu'elle en a dans un autre district, un bref d'exécution pourra être décerné par la cour dans laquelle tel jugement a été ainsi rendu, adressé au shérif de tel autre district dans lequel telle personne a ainsi des biens meubles ou immeubles, pour saisir et vendre tels biens meubles ou immeubles, lequel shérif le mettra à exécution, en fera

le Défendeur réside. Le jugement final avait été rendu à Montréal, dans le district de Montréal, et un writ de Bonis et de Terris, ayant été préalablement émané, fut rapporté par le shérif du district de Montréal qui déclara que le Défendeur ne possédait aucuns biens meubles ou immeubles dans les limites du district de Montréal. De plus, le Défendeur prétendait, par son opposition, que ses biens auraient dû être discutés dans le district de Montréal : mais il n'en indiquait aucun. Il prétendait encore que le writ d'*alias fieri facias* de Bonis était nul, vu que, par la sec. 1, du ch. 85 des statuts refondus du Bas-Canada, tout writ d'exécution émané de la Cour Supérieure

envers nous, ou plus grande selon la qualité des parties, grandeur des matières, et longueur du temps ; et en grosse réparation envers la partie, à l'arbitration des juges, selon les qualités que dessus." L'ordonnance de 1667 qui a établi les formalités nécessaires pour la saisie ne parle nullement de commandement. Voici ce que dit Jousse, dans ses commentaires sur l'art. 3 du tit. 32 de cette ordonnance de 1667, vol. 2, p. 289 : "Outre ces formalités, il faut encore que la saisie et exécution soit précédée d'un commandement à peine de nullité. (Ordonnance de 1539, art. 74, *Papon en ses arrêts*, liv. 18, tit. 5, n° 25.) Ce commandement doit être fait au domicile du débiteur, et il ne suffit pas de le faire à sa personne s'il est hors de sa maison, parce qu'il n'est pas obligé de porter de l'argent sur lui. (Voyez le Grand sur la *Coutume de Troie*, art. 122, tit. 7, n° 25, part. 2, p. 130.) Quelques personnes pensent que pour qu'une saisie soit valable, il faut que le commandement ait précédé de 24 heures cette saisie ; mais ce sentiment n'est fondé sur aucune autorité : il suffit que le commandement soit fait par le procès-verbal même de saisie ; autrement ce serait donner au débiteur le temps de détourner ses meubles." Pigeau, édit. de 1787, vol. 1, p. 607, dit que la disposition de l'ordonnance de 1539 au sujet du commandement était tombée en désuétude. L'ordonnance du lieutenant-gouverneur et du conseil législatif de 1785, 25 George III, ch. 2, contient des dispositions pour l'exécution des meubles et des immeubles du débiteur condamné, aux articles 30-31-32-33-34-35, mais cette ordonnance ne fait aucune mention du commandement de payer.

Il a été jugé que l'ordonnance 25 George III a abrogé les formalités voulues par l'ordonnance de 1667 ; que les dispositions de l'ordonnance de 1539 relatives au commandement étant tombées en désuétude et que l'ordonnance de 1667 ainsi que celle de 1785 n'exigeant pas commandement, le commandement n'était pas nécessaire. (*Lee* vs. *Lampson*, C. S. Québec, 16 décembre 1851, BOWEN, juge en chef, DUVAL et MEREDITH, juges, 3 *R. J. R. Q.*, p, 120.) L'article 548*a* C. P. C., en disant que, " lorsque, dans une cause, un bref d'exécution a été émis, et que, par ce moyen, une demande de paiement a été faite au Défendeur, il n'est pas nécessaire de faire aucune nouvelle demande de paiement dans la cause avant l'exécution ultérieure de tout autre semblable bref, soit dans le même soit dans un autre district," suppose qu'un commandement de payer est nécessaire, quoique l'article qui dit ce que le procès-verbal de saisie doit contenir ne le mentionne pas.

rapport à la cour dans le district d'où il aura émané, et sera responsable à cette cour de tous ses procédés relativement à icelui." Il a été jugé, sous cette disposition, que le saisi, qui s'opposait à la saisie-exécution de ses meubles situés dans un district autre que celui où le jugement avait été rendu, parce que l'on n'avait pas exécuté ses meubles dans ce dernier district, devait alléguer et prouver qu'il avait des meubles dans ce dernier district. (*Rose* vs. *Coutlée*, C. S. Montréal, 28 avril 1862, BADGLEY, juge. 12 *D. T. B. C.*, p. 403.) Les codificateurs des statuts ne semblent pas avoir voulu abroger cette sec. 40 : ils indiquent que ces dispositions sont reproduites dans les articles 555 à 631 C. P. C., qui ne paraissent pas cependant contenir de dispositions analogues

doit l'être tant contre les immeubles que contre les meubles en même temps, et par un même writ. Des admissions furent données par le Demandeur comme quoi aucun commandement de payer n'avait été fait au Défendeur en aucun temps. Le Demandeur cita les autorités suivantes, pour établir que cette demande de payer n'est plus nécessaire en Bas-Canada. *Lee* vs. *Lampson et divers*, *Volant* vs. *Drapeau*, *Pozer* vs. *Lespérance*, &c., et pour établir que le Défendeur contre lequel un jugement a été rendu dans un district autre que celui de sa résidence est tenu de prouver qu'il a des biens, s'il veut se prévaloir des dispositions de la loi, S. R. B. ch. 83, sec. 40, *Rose* vs. *Coutlée*, et enfin pour établir qu'un writ de Bonis peut émaner de la Cour Supérieure sans qu'il soit nécessaire au créancier de le faire émaner contre les immeubles en même temps, et que le changement introduit par l'ordonnance de 1785 qui prescrit la saisie des meubles et des immeubles par la même exécution, (1) n'a jamais eu lieu dans ce district, mais qu'une pratique contraire a prévalu, et qui a été sanctionnée par la jurisprudence. (2)

PER CURIAM : Les moyens d'opposition sont futiles, et l'opposition est renvoyée, avec dépens. (7 *J.*, p. 225.)

LAFRENAYE et ARMSTRONG, avocats du Demandeur.

GIROUARD, avocat de l'Opposant.

(1) La sec. 32 de l'ordonnance du lieutenant-gouverneur et du conseil législatif de 1785, 25 George III, ch. 2, contenait les dispositions suivantes : " Les exécutions sortiront contre les meubles et les immeubles dans le même ordre ; mais elles seront premièrement prélevées sur les meubles, dont le shérif fera d'abord son rapport, cependant il aura sa force et son effet, quoique rapporté à un temps plus éloigné quant aux immeubles, pour satisfaire entièrement à l'exécution."

(2) Le saisi doit invoquer les illégalités dans la saisie de ses immeubles par une opposition à fin d'annuler faite au plus tard le 15e jour avant celui fixé pour la vente, (art. 652 C. P. C.) ou par une demande en nullité du décret, et s'il ne les invoque pas ainsi, il ne pourra s'en prévaloir en réponse au plaidoyer d'un détenteur de son immeuble, qui invoque le titre du shérif dans une action pétitoire intentée contre lui par le débiteur saisi qui a été dépossédé de son immeuble par le décret. (*Boyer* vs. *Slown et al.*, C. S. Montréal, 13 janvier 1852, DAY, SMITH et MONDELET, juges, 3 *R. J. R. Q.*, p. 53.) L'huissier saisissant n'est pas tenu d'élire domicile. Il n'en est pas ici comme en France, où chaque huissier agit de son chef en exécutant les saisies. Ici, le shérif est l'officier, et son bureau est le domicile élu pour toutes les parties, et le saisi ne peut ignorer où aller faire le paiement, s'il veut le faire. En France, le défaut de commandement de payer était une nullité qui viciait la saisie réelle. Ici, nous sommes sous l'effet du changement introduit par l'ordonnance de 1785, qui prescrit la saisie des meubles et des immeubles par le même exécutoire ; c'est donc évidemment une seule et même exécution, et, quoique, dans le district de Montréal, on les ait séparées, ce n'est que comme plus grande facilité ; et, lorsque le procès-verbal de la saisie des meubles constate une demande de payer, il n'est pas nécessaire d'en faire une seconde pour la saisie des immeubles. Les recors et les témoins ne sont pas nécessaires pour une saisie d'immeubles. L'ordonnance de 1667 les requérait pour la saisie des meubles, mais, lors de son enregistrement en ce pays, cette partie en fut retranchée. Il n'est pas nécessaire que le procès-verbal de saisie d'immeubles

PRIVILEGE OF SEAMEN STEAMBOAT CREW.

SUPERIOR COURT, Montreal, 24th June, 1858.

MITCHELL *vs.* COUSINEAU AND DIVERS OPPOSANTS.

Held: That seamen's wages are privileged and are payable in preference to the mortgages due upon a steamboat navigating Canadian Waters. (1)

Several Oppositions having been fyled upon the proceeds of the sale of the steamboat *Britannia* seized in this cause, by several of the crew employed on Board of said steamboat the judgment of distribution was rendered in their favour *nemine contradicente*; as follows: 4° To Opposant F. C. Deglandon, amount of his claim, by privilege, for wages, as engineer on board of the boat seized and sold £16. 11. 8.: 5° To Opposant Augustin Deglandon, amount of his claim for wages.... as sailor and fireman on board said steamboat, £9. 3. 8.; 6° To Opposants John Mitchell and Consors, as representing Plaintiff, amount of their claim founded on a deed of mortgage of the said steamer.... (7 *J.*, p. 218.)

A. and W. ROBERTSON, attorneys for Plaintiffs.

MEPRIS DE COUR.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 8th March, 1866.

Before: DUVAL, Chief-Justice, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND (dissident), and MONDELET (dissident), Justices.

CRÉBASSA, Appellant, *and* MASSUE, Respondent.

Jugé: 1° Qu'il n'est pas nécessaire qu'un jugement sur demande de contrainte par corps, pour rebellion à justice, reproduise *verbatim* les termes de la motion ou règle.

2° Que le rapport du Shérif seul est une preuve suffisante pour auto-

fasse voir si la saisie a été faite avant ou après midi. Cette formalité n'a jamais été observée ici, et l'absence de cette formalité n'était pas non plus une cause de nullité en France. Il n'est pas nécessaire que le procès-verbal de saisie exprime le montant de la dette, quand le mandat du shérif le mentionne. Le mandat et le procès-verbal doivent être pris ensemble. Le Demandeur n'est pas tenu, non plus, d'élire domicile, pour les mêmes raisons que l'huissier. Le rapport du shérif alléguant qu'il a procédé à la vente, après avoir dûment fait les annonces et publications, est suffisant pour constater que ces annonces ont été légalement faites, jusqu'à ce que ce rapport soit mis de côté sur une contestation en forme. Une copie du procès-verbal de saisie doit être remise au Défendeur, et il n'est pas suffisant de lui laisser une copie *en la laissant sur la terre saisie*; mais le saisi doit se prévaloir de ce défaut par opposition avant la vente, ou par une demande en nullité du décret. (*Idem*, opinion de DAY, juge.)

(1) V. art. 2383 C. C.

riser le tribunal à prononcer sur telle demande, le Défendeur n'ayant pas comparu.

3° Que sur tel jugement, l'incarcération devait avoir lieu dans le district où résidait le Défendeur.

Pursuant to notice given, the respondent, Plaintiff in the Court below, moved as follows: "Motion on behalf of Plaintiff that, inasmuch as it appears by the return of Pierre Rémi Chevalier, sheriff of the district of Richelieu, to the writ of *Pluries venditioni exponas de bonis* in this cause issued, on the 31st day of March last past, against the goods and chattels of Defendant: that, on the 28th day of April last past, at the hour of ten of the clock in the forenoon, the said sheriff, then and there, charged with the execution of the said writ, proceeded to domicile of Defendant, in the town of Sorel, in the District of Richelieu, according to law, to put in execution the said writ, and to sell and dispose of, by virtue of the said writ, the goods and chattels of Defendant, where being and finding the doors of the said domicile, locked in order to prevent admission thereto, he, the said sheriff, demanded of Defendant to open the doors of the said domicile and to permit him, the said sheriff, to enter therein in order to proceed to and effect the sale of the said goods and chattels duly seized and taken in execution, but could not proceed to nor effect the sale of the same, and was prevented and stopped from so doing, and was then and there opposed from so doing by Defendant himself in person, who, then and there, opposed the sale thereof by shutting up his house and refusing admittance thereto to the said sheriff, and, then and there, positively refused to open his doors, and, then and there, persisted in his said refusal, although repeatedly requested and ordered so to do, as the whole more fully appears by the said return; an execution do go against the person of Defendant, and *contrainte par corps* do issue directed to the sheriff of the district of Richelieu, against the person of Defendant to be taken and him detained in prison, to wit: in the common gaol of the district of Richelieu, until Defendant shall have satisfied the judgment in this cause rendered, in principal, interest and costs, and subsequent costs, and also the costs of these presents: unless cause to the contrary be by him shown on the 27th day of May instant, at half past ten of the clock in the forenoon, sitting the Court." The motion having been granted on the 20th May, a rule *nisi* was served upon Defendant, on the 21st May at Sorel, a distance of 45 miles from Montreal, returnable on the 27th May. The rule having been returned, Defendant did not appear.

La Frenaye, for the Plaintiff, prayed that the rule be made absolute, and relied on the Consolidated Statutes of Lower

Canada, chapter 83, sections 143 and 144, and also on section 141 with respect to the common jail, where Defendant was to be imprisoned, it being the prison of the district where the party resides and not the district from whence the writ of *contrainte par corps* or *capias ad satisfaciendum* was to issue. He contended that the *édit d'Amboise sur la rébellion à justice*, of 1572, art. 4, and the ordonnance of 1667, tit. 19, tit. 23, art. 5, and tit. 27, art. 7, were superseded by the statutory enactments contained in chap. 83 of the Cons. Statutes of Lower Canada, sec. 143, 144 and 145 : and that the *voie extraordinaire* under the ordinance of 1670, title 10, art. 6, could not be put in force in this country : and that the proceedings adopted in France, which were participating as well from the old French criminal procedure as from the municipal law, could not be followed in Lower Canada. VIDE 1 vol. *Revue de Législation de Létourneux*, p. 160. 1 Jousse, ord. 1667, p. 248. The return of the sheriff, a public officer recognized by law, is not in such cases as the present one *traversable*, but the party is driven to his action against him for a false return. Bacon's Abridgment vo. Rescue, letter E, § 3. In 4 Burr., p. 2129, *Rex* vs. *Elkins*, it is stated, that the Court immediately proceeded to punish the rescuer, without going through the ordinary course of his being examined upon interrogatories, as no denial by him upon such examination could excuse him after having been returned "guilty of a rescue", by the sheriff. The Court were of this opinion : they said it would be giving an opportunity to traverse the return, which in case of a rescue returned, could not be allowed." According to all the authorities, the return of rescues is not traversable, Barnes, 149, The sheriff's return of a rescue is of itself a conviction of a rescue. 3 Starkie, p. 1357, part. 4e; 11 East, 297. In 2 Salk, p. 586, we find an authority to this effect : The rescue must be returned upon the writ, and the motion and attachment founded upon that ; but it is never the course to grant it upon affidavits ; and the reason given for this course is to be found in Bacon's Abridgment vo. *Rescue*, letter C, that has been found by experience, that officers will often take upon them "to swear a *rescous*, where they will not venture to return one," so as to avoid being sued for a false return. In 3 Bulst., 201, the doctrine is laid down that "a rescuer shall be "doubly punished, for upon the *return* of the sheriff he shall "be fined to the king, and an attachment shall *issue out* "against him." The well established doctrine is that, 1° the *return* of the sheriff is not *traversable* ; 2° that the motion and attachment must be *founded* upon that return ; 3° that the party grieved is not *concluded* from bringing his action for the false return, if it were so. Cro. Eliz. 780, 16. The Lady

Russel and Woods case. Dyer, 212, 2 Jones, 39, 1 Ven'ris 224, 2 Ventris, 175, Comb. 295. *Rex & Regina* vs. *Howe et al.* Such a proceeding has already been sanctioned by our Courts in the case of *Laframboise* vs. *Mercure.* (1) The power of issuing this *contrainte par corps* has been given to "every judge of every such Court.... in vacation, *at chambers*," &c.... and is a conclusive fact that the *return* in such cases is not *traversable.* The Defendant made default. But Kerr, as amic. cur., urged, 1° That the delay of the service of the rule was too short. 2° That the power to be given to the sheriff to imprison the Defendant in his own district only, was contrary to the provisions of the statute which gives power to the sheriff to convey such person to the prison of the District wherein such person is arrested. 3° That the rule should have enunciated the different sums for which the writ of *contrainte par corps* was to issue.

Judgment was rendered in the Court below, on the 31st May, 1864, as follows: "The Court, having heard Plaintiff, upon the rule for *contrainte par corps,* obtained by him

(1) La sec. 37 du ch. 2 de l'ordonnance du lieutenant-gouverneur et du conseil législatif de la province de Québec de 1785, 25 Geo., était en ces termes: "Dans tous procès, tant ceux au-dessus, qu'au-dessous de dix livres sterling, où le Défendeur divertirait ou séquestrerait ses meubles, ou que par violence, ou en fermant sa maison, son magasin ou boutique, il s'oppose à la saisie de ses effets, dans tous tels cas, il sera décerné contre lui une prise de corps, et il sera appréhendé et détenu en prison, jusqu'à ce qu'il ait satisfait au jugement, nonobstant toutes lois, coutumes et usages à ce contraires."

La sec. 64 du ch. 38 des statuts du Canada de 1849, 12 Vict., était en ces termes: "Que tous les pouvoirs dont la Cour Supérieure ou les juges ou officiers de cette cour respectivement sont revêtus, relativement à toute poursuite ou action pendante devant cette cour, pour assigner les Défendeurs en *garantie,*—permettre aux parties d'intervenir, assigner les témoins et recevoir les témoignages,—faire produire les papiers et autres choses en la possession d'un témoin ou d'une des parties,—interroger les témoins et les parties et leur faire prêter les serments qui leur sont déférés, référés ou qui sont requis d'eux,—faire émaner les *commissions rogatoires* ou commissions de la nature d'une *commission rogatoire,*—interroger les témoins malades ou sur le point de laisser le Bas-Canada,—obliger les témoins qui sont dûment assignés à comparaître, et punir ceux qui n'obéissent pas à l'ordre contenu dans un bref de *subpœna,*—contraindre par corps le Défendeur ou la partie qui résiste ou qui essaie d'éluder frauduleusement l'exécution d'un bref contre ses biens ou effets,—ou relativement à toute autre affaire se rattachant à la manière de conduire telle poursuite ou action et les procédures dans icelle, seront, et tous les dits pouvoirs sont par le présent acte dévolus à la dite cour de circuit ainsi qu'aux juges qui doivent la tenir, et aux officiers de la dite cour respectivement, et ils pourront exercer ces pouvoirs (en autant que ces pouvoirs et les dispositions de la loi qui y ont rapport ne sont pas contraires ou ne répugnent aux dispositions du présent acte) aussi pleinement et efficacement, et aux mêmes conditions et en vertu des mêmes dispositions que si les divers actes, ordonnances et lois qui confèrent les dits pouvoirs étaient énoncés et statués de nouveau dans le présent acte, et de la manière la plus conforme et le plus en harmonie avec les dispositions du présent acte."

La sec 1 du ch. 42 du dit statut du Canada de 1849, contenait la disposition suivante: "Que depuis et après la passation de cet acte, aucun prêtre ou ministre d'une dénomination religieuse quelconque, aucune personne âgée

against Defendant and Opposant, on the twentieth day of May instant, Defendant being in default to appear and answer the said rule: and also, having heard William H. Kerr, as *amicus curiæ*, against granting said rule, having examined the proceedings taken upon the said rule, and had in this cause for the purpose of executing the judgment obtained by Plaintiff against Defendant, on the eighteenth day of February, 1863, and having seen and examined the rule for *contrainte par corps*, and having maturely deliberated, considering that it appears by the return of Pierre-Rémi Chevalier, sheriff of the district of Richelieu, to the writ of *Pluries Venditioni Exponas de bonis* in this cause, issued from this Court on the thirty-first day of March last past, against the goods and chattels of Defendant, that, on the twenty-eighth day of April last, at the hour of ten of the clock of the forenoon, the said sheriff, then and there, charged with the execution of the said writ, proceeded to the domicile of Defendant, in the town of Sorel, in the district of Richelieu, according to law, to put in execution the said writ, and to sell and dispose of, by virtue of the said writ, the goods and chattels of Defendant, where being and finding the doors of the said domicile, locked in order to prevent admission thereto, he, the said sheriff, demanded of Defendant to open the doors of the said domicile and to permit him, the said sheriff, to enter therein, in order to proceed to and effect the sale of the said goods and chattels duly seized and taken in execution, but could not proceed to nor effect the sale of the same, and was prevented and stopped from so doing and was then and there opposed from so doing by Defendant himself in person, who, then and there, opposed the sale thereof, by shutting up his house and refusing admittance thereto to the said sheriff, and, then and there, positively refused to

'e soixante-dix ans ou plus, et aucune personne du sexe ne sera arrêtée ni admise à caution à raison d'aucune dette, ni à raison d'aucune autre cause d'action civile ou poursuite quelconque ; ni qu'aucune personne ne sera arrêtée, ni admise à caution, ni détenue à raison d'aucune cause d'action civile originant ou instituée dans un pays étranger, ni dans aucune poursuite civile où la cause de l'action n'équivaudra pas à dix louis argent légal de cette province ; et aucun writ de *capias ad satisfaciendum*, ou autre exécution contre la personne, ne sera décerné ni accordé après la passation de cet acte."

Il a été jugé que la section 1 du ch. 42 des statuts du Canada de 1849, 12 Vict., n'a pas eu l'effet d'abroger les dispositions de la section 37 du ch. 2 de l'ordonnance du lieutenant-gouverneur et du conseil législatif de la province de Québec, de 1785, 25 Geo. III., et que, sous les dispositions de cette ordonnance, le débiteur, qui refuse d'ouvrir ses portes à l'huissier muni d'un bref d'exécution contre ses meubles qu'il veut saisir, peut être condamné à la contrainte par corps jusqu'à ce qu'il ait payé le montant du jugement dans la cause. Il a aussi été jugé qu'en vertu de l'article 12 du titre 34 de l'ordonnance de 1667, il y a lieu à appeler d'un jugement prononçant la contrainte par corps. (*Mercure* et *Laframboise*, C. B. R., Montréal, 12 mars 1855, LAFONTAINE, juge en chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, juges, 4 *R. J. R. Q.*, p. 322.

open his doors and then and there persisted in his said refusal, although repeatedly requested and ordered so to do: And the Court considering that it is clearly established, by the proceedings in this cause, that Defendant hath persistently and constantly resisted the process of this Court, and hath, by frivolous and vexatious oppositions, retarded and prevented the execution of the judgment obtained against him by Plaintiff on the eighteenth day of February, 1863, and that Defendant hath made default to appear and disprove the facts, *rébellion en justice*, made against him, or to show cause why the conclusion of the said rule should not be granted: " The Court doth declare the said rule absolute, and doth order that an execution do go against the person of Defendant, and that a *contrainte par corps* do issue directed to the sheriff of the district of Richelieu against the person of Defendant commanding the said sheriff to take and arrest the body of Defendant within his dictrict, and him to detain in prison, in the common goal of the district of Richelieu, until he, Defendant, shall have satisfied the said judgment in this cause rendered on the said eighteenth day of February, 1863, in principal, interest and costs and also subsequent costs, together with the costs of the said rule for *contrainte par corps*, that is to say: that he shall pay and satisfy to Plaintiff the sum of five hundred and two dollars and five cents, amount in principal of the said judgment, with interest upon the sum of five hundred dollars, from the thirteenth day of May, 1862, and, on the sum of two dollars and five cents, from the twenty-seventh day of June, 1862, and until he pay the further sum of eighty-five dollars and thirty-two cents, costs taxed upon the said judgment of the said eighteenth day of February, 1863, and the further sum of one hundred and fifteen dollars and thirty cents, costs taxed against him upon the orders of the twenty-fifth day of June, 1863, and the twenty-ninth day of September, 1863, dismissing two oppositions; the further sum of twenty-nine dollars and forty-seven cents, being the costs accrued upon the following writs issued in this cause, to wit: A writ of *Fieri Facias de bonis*, a writ of *alias Fieri Facias de bonis*, a writ of *Venditioni exponas de bonis*. The further sum of five dollars and ninety-two cents, being the amount of costs taxed upon the rule of the twenty-third day of November, 1863, dismissing a third opposition made in this cause. The further sum of ten dollars and sixty-five cents, being the amount of costs accrued upon two writs issued in this cause, the one, a writ of *Pluries Venditioni Exponas de bonis*, dated the sixteenth day of October, 1863, and the other a writ of *alias Pluries Venditioni Exponas de bonis*, dated the fourteenth day of December, 1863, the further sum of

thirteen dollars and fifty-five cents for the costs accrued upon a writ of *Pluries Venditioni Exponas de bonis*, issued in this cause, dated the thirty-first day of March 1864, and subsequent costs accrued upon the writ of *alias Pluries Venditioni Exponas de bonis*, and the sum of ten dollars and five cents for the costs taxed upon the rule for *contrainte par corps*." From this judgment Defendant instituted his appeal, and urged against it the following reasons: 1° Parce que la motion du dit Intimé demandant la contrainte par corps diffère de cette dernière; 2° Parce que la dite motion ne spécifie pas les sommes et deniers que l'Appelant aurait à payer pour se soustraire à la contrainte par corps; 3° Parce que le délai entre la *règle* et le jour fixé pour son rapport est insuffisant; 4° Parce que le dit jugement a été rendu sans aucune preuve valable prescrite par la loi; 5° Parce que la contrainte par corps n'est pas adressée à tout shérif de tout district où le Défendeur pourrait être trouvé; 6° Parce que le jugement n'ordonne pas que le Défendeur soit emprisonné en la prison commune du district où il sera arrêté; 7° Parce que la motion et la règle n'ont pas été signifiées par un officier compétent.

MEREDITH, J. said it was not denied that the Appellant opposed the execution. The Defendant had made default, and the return of the Sheriff must be considered sufficient evidence. The court saw no reason to disturb the judgment rendered by the Superior Court.

AYLWIN, J. said it would be impossible in this matter to proceed according to the Ordonnance of 1667. He was satisfied that what had been done time and again might be done in this case.

La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour inférieure. (8 *J*, p. 122, et 16 *D. T. B. C.*, p. 446 et 2 *L. C. L. J.*, p. 22.

D. GIROUARD, pour l'Appelant.

LAFRENAYE & ARMSTRONG, pour l'Intimé.

SIMULATED DEEDS.—FRAUD AGAINST CREDITOR.

SUPERIOR COURT, St-Hyacinthe, January, 1863.

Coram MCCORD, J.

RIMMER *vs.* DAME FLAVIE BOUCHARD et al.

In a contestation by a creditor of the title of the wife of his debtor, to a piece of land, the wife having answered interrogatories *sur faits et articles* that she had paid for the land out of savings made before marriage, it was held that these savings formed part of the community

between husband and wife, and were applicable to the payment of the debts thereof.

One of the circumstances which throws ordinarily most light on the bad faith of third parties, is the notoriety of the distress of the debtor. Whoever makes with him an agreement prejudicial to his creditors, will have difficulty in maintaining his exception of good faith. At any rate, the presumption will be against him until he has proved that the notoriety had not reached him.

It is an indication of fraud in the alienation of property by a debtor, that the employment of the price of the alienation, does not appear.

When the books of a trader do not show any entries of a transaction in question, or payments on account thereof, there is a legal presumption against its truth.

A deed of sale by a debtor to his brother-in-law, and another by his brother-in law to his wife will be set aside at the suit of a creditor as simulated and fraudulent where there is no valid consideration for such sale. (1)

McCord, J., in rendering judgment said: Morgan, one of Defendants, being a trader, became bankrupt and unable to meet his engagements: his insolvency was notorious; at this time, he was possessed of certain lots of land in the Township of Acton. Being so insolvent, Morgan, on the 15th of March, 1859, sells these lots, (for which several years before he had paid £500, and the value in the meantime having greatly increased from the proximity of the mines) to one Lahaye for £400 *cash*. This Lahaye turns out to be Morgan's brother-in-law. No proof whatever that these £400 went into the estate of Morgan, for the benefit of his creditors. Lahaye, at the time of this purchase from Morgan, in the spring of 1859, is proved to be in pecuniary difficulties, paying debts by small instalments and renewing his bills. In the autumn of that year, Lahaye calls a meeting of his creditors and compounds. Shortly after this sale, by Morgan to Lahaye, on the 6th June, 1859, Defendant, Flavie Bouchard, brings an action *en séparation de biens* against her husband Morgan, and, subsequently, on the 25th June, 1859, she obtains her judgment *en séparation de biens*, a praticien is named to ascertain her rights and reprise, &c., which are represented by him to be *nil*. The 4th July of the same year, 1859, Lahaye sells the lots in question to Defendant, Flavie Bouchard, for £620, which consideration is stated in the deed to have been paid in cash by her. These lots Mme. Morgan then held in her own name, and put Morgan's creditors at defiance. Where did Mrs. Morgan get the means of paying the £620, price of the lots? She had no *reprises*. She says, in answer on *faits et articles*, they were from savings made while she was in trade, before she was married to Morgan, years ago. If this be true, these savings must have formed

(1) V. art. 1034 C. C.

part of the *Communauté*, and were applicable to the payment of the debts thereof. Defendant relies, for his defence, on the statement, that the transaction between Morgan and Lahaye was in good faith, as regards the latter, a third person, and thus, consequently, it could not be set aside. Was Lahaye in good faith? Did he know of Morgan's insolvency when he transacted with him? It is proved that Morgan's insolvency was *notoire* at the time of sale by Morgan to Lahaye. Is it likely that Lahaye, Morgan's brother-in-law, would be ignorant of it; Chardon, Vol. II, No. 208; Pothier, de la vente, No. 320. It is no where shown that the proceeds of sale to Lahaye or those from the sale to Defendant were applied towards the payment of the creditors of either *emploi*. Chardon, Nos 279 and 280. Nor is it *probable* or *credible* that Lahaye, in such embarrassed circumstances, as he is proved to have been under, could have paid down £400 in cash? There being no entry, as proved, in Lahaye's books, of the purchase from Morgan, and payment thereof, the *presumption* (LEGAL) is against the truth of any such transaction on his part, and Morgan's estate showing no book with entries or receipts of the money, the legal presumption is equally against him. Toullier, Vol. VI, No. 355. Chardon, Vol. II, No. 220, No. 235. To this, add the legal presumption of fraud, arising out of transactions between relations and the want of any proof of "bona fides" on the part of Lahaye and Defendant. I confess that there remains little doubt in my mind that the whole transaction was simulated. I may be mistaken, a *human* Judge cannot enter into the breasts of men and see the rectitude of their intentions; he can only guide his judgment by the facts of records, and the deductions to be drawn from these and by the application of the legal maxims and decisions laid down in the Law. I am therefore of opinion that Plaintiff is entitled to his judgment, as follows: "The Court considering that Plaintiff hath established, by sufficient and legal evidence, the material allegations of his declaration, and, more particularly, that the sale of the real estate mentioned and described in the declaration of Plaintiff from Richard J. Morgan, one of Defendants, to Octave Lahaye, another of Defendants, by deed passed before H. J. Meyer and his colleague, public notaries, on the fifteenth day of March, 1859, and the sale and transfer of the said identical property by Lahaye to Flavie Bouchard, another of the Defendants, and wife of Morgan, by deed passed before H. J. Meyer and his colleague, public notaries, on the fourth day of July 1859, were so made and executed fraudulently and collusively between the several parties thereto, with the view of placing the said real estate beyond the reach of the creditors of

Morgan, and of Plaintiff in particular; and, further, considering that, at the time of the pretended sale of said real estate to Lahaye by Morgan, he Morgan, was the debtor of Plaintiff to a considerable amount, and that Plaintiff did give and grant such credit to Morgan upon the faith and representation of Morgan, that the said real estate was the property of him Morgan; and, further considering that it does not appear, from the evidence, that the pretended price or consideration money of the said two sales was made available towards the payment of the creditors of either party, the court doth declare the said two deeds of sales, to wit, the one from Morgan to Lahaye, and the other from Lahaye to Flavie Bouchard, to be simulated and made in fraud of the creditors of Morgan and of Plaintiff in particular, and doth declare the said sale and transfer of the said real estate to be null and void as respects Plaintiff, and that the said real estate mentioned and described in the said deeds of sale and in the declaration of Plaintiff, as follows, to wit: *(description)* have always been and still are the property and in possession of Morgan, and effected and liable towards Plaintiff for the payment of the sum of $460.95, with interest upon the sum of $214.55, from the nineteenth day of September, 1859, upon the sum of $183.65, from the twenty-eighth day of October 1859, and on two dollars and fifty cents from the sixth day of November 1859; until actual payment of the said sum of $460.95, due under and in virtue of the judgment obtained by Plaintiff against Morgan in the Superior Court, in the district of Montreal, on the thirty-first October, 1860, and the judgment obtained by the Bank of British North America against Morgan, in the Circuit Court for the district of Montreal, on the twenty-ninth day of November 1859, and transferred to Plaintiff, by act passed before D. Smith and his colleague public notaries, on the fifth day of June 1860. (7 *J.*, p. 219.)

Laframboise & Papineau, for Plaintiff.

W. A. Bovey, for Defendants.

Sicotte Chagnon, Counsel for Defendants.

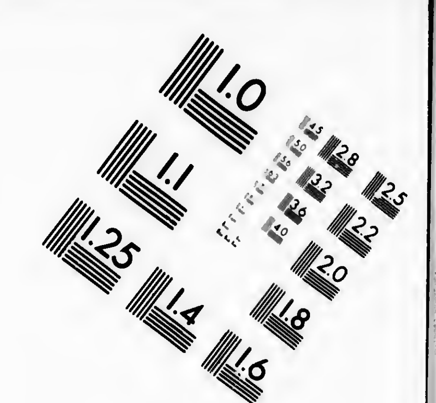
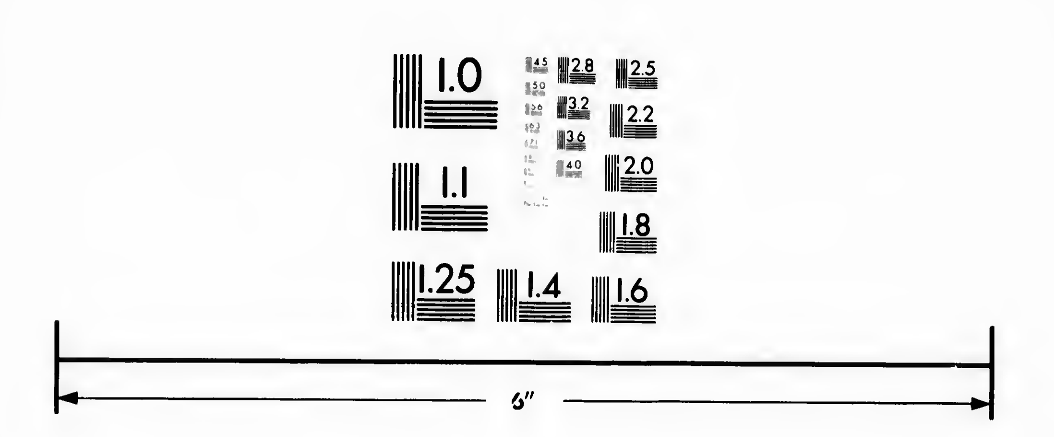


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)



SALE OF MOVEABLE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 30th June, 1863.

Coram SMITH, J.

MATTHEWS *vs.* SÉNÉCAL.

Held: Where a moveable had been leased by the owner and the lessee had sold it to a third party, an action *en revendication*, by the lessor, to recover it back will be maintained, although the possessor may have purchased in good faith. (1)

PER CURIAM: This was an action *en revendication* brought by Plaintiff to recover possession of a Sewing Machine. Defendant pleaded that he had purchased the machine in good faith. The person from whom he bought it was a merchant tailor, and Defendant had every reason to believe that it was this man's property. But Plaintiff answered that this was not the case; that the person in question had possession of it only under a lease. It was not an ordinary lease, but an agreement, that, at the end of a certain time, unless a stipulated sum were paid, the property was to vest in original possessor. The conditions of the lease not having been complied with, there was no right of property in the person to whom the article had been leased. The owner stood clothed with all his rights, and Defendant could not prevent him from regaining possession of his property. It was a hard case, however, for Defendant, who had paid $40 for the machine. But Plaintiff was entitled to recover, and judgment must be given in his favor. Otherwise, the court would be departing from the principles of justice. Judgment for Plaintiff. (7 *J.*, p. 222.)

B. DEVLIN, for Plaintiff.

FABRE, LESAGE and JETTÉ, for Defendant.

ASSURANCE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 1st December, 1862.

Coram SMITH, J.

WILSON *vs.* THE STATE FIRE INSURANCE COMPANY.

Held: 1. That an Assignee of a Policy of Insurance against loss by fire may recover, without furnishing any statement of loss whatever.

2. That the failure of the assured to disclose the existence of a fulling mill under the same roof as the buildings insured and destroyed by fire is not a material concealment or misrepresentation, although it be proved that had the disclosure been made the premium of Insurance

(1) V. art. 1487 C. C.

would have been much in excess of that charged; when Plaintiff's witnesses concur in stating that the risk was not thereby increased, (1)

3. That a condition in a policy that no action can be brought for the recovery of the loss, after the expiration of 6 months from the occurrence of the fire, is inoperative as a bar to an action instituted after that period.

This was an action to recover the sum of £584, under a Policy of Insurance granted by the Beacon Fire and Life Assurance Company (now represented by Defendant) of a grist and saw mill and their machinery, the property of Flavien Lavallée, and assigned to Plaintiff. Defendant pleaded, that true it was the Beacon Life and Fire Assurance Company executed the deed poll, or policy of insurance and that Defendant assumed such Policy and received the premium thereon for the period in Plaintiff's declaration stated, but that no inventory, detailed specification or estimate of the loss or damage pretended to have been suffered by the destruction by fire of the property insured by such deed poll or policy of insurance, such as required by the conditions endorsed on such deed poll or policy of insurance, nor any inventory, statement, specification or estimate whatever of such pretended loss or damage, had ever been delivered or furnished to the Company, Defendant, or to any one to whom the same might or could be delivered or furnished under the said deed poll or policy, and conditions, nor had any proof of such pretended loss or damage been ever made or tendered, although the same had been frequently demanded. And, further, that, when the deed poll or policy of Insurance was executed, the fact of the existence of the fulling mill, where the fire originated, and the near proximity of which to the property insured caused the destruction of the latter was not disclosed to the Beacon Life and Fire Insurance Company, and did not and does not appear in the plan referred to in the deed poll or policy, purporting to show the precise state and condition of the premises at the time the insurance thereof was effected, and which was furnished by Flavien Lavallée in whose favour such deed poll or policy was granted, and that the existence of such fulling mill was never, in fact, known either to the Beacon Life and Fire Assurance Company or to the Company Defendant until after the occurrence of the fire. And, further, that the present action was not commenced within six months after the loss or damage occurred.

R. Laflamme, for Plaintiff, contended that, in a case like the present, where the value of buildings formed the bulk of the claim, the failure to produce a detailed statement of loss was of no consequence. Then, as to the charge of concealment

(1) V. art. 2485 C. C.

or misrepresentation, he thought the evidence established that, whilst the policy was running, the agents of Plaintiff had been informed by Lavallée of the existence of the fulling mill, and that they made no objection, and that, under any circumstances, as Plaintiff's witnesses concurred in stating that the fulling mill was really no additional risk, the question of misrepresentation was not material. And, as to the six months prescription invoked by the defence, he argued, that it was entirely opposed to the law of the land and could not therefore be enforced.

BETHUNE, for Defendant, relied on the entire absence of any statement of loss whatever as fatal to Plaintiff's case, and also contended, that, as Defendant had proved that the existence of the fulling mill had never been disclosed, and that, had it been, the premium would have been much in excess of that charged, there could be no doubt as to the material character of the misrepresentation, and that the concealment of the fact of the existence of the fulling mill so materially affected the contract between the parties as to render it absolutely null. He further contended, that the limitation of six months for the bringing of the action was an express condition of the policy, and one that ought, under all the circumstances, to be enforced in the present case.

SMITH, J.: This action was brought by Wilson, assignee of a policy of insurance, from Lavallée. Lavallée was proprietor of certain mills, saw mills and grist mills. He effected insurance upon these separately, and upon their contents. The parties continued under the contract till the property was all destroyed by fire. Defendants being called upon to pay, pleaded, first, that no sufficient statement of loss was given. Second, that there was a wilful concealment and misrepresentation of property insured, by not informing the Insurance Company that there was a fulling mill under the same roof with the grist mill. Third, that the action should have been brought within six months. The answer to the first plea was, that the property consisted mainly of machinery, of which a detailed description was not necessary. The second point raised the substantial objection of misrepresentation. It was perfectly clear, according to the evidence, that no mention was made of the fulling mill as being under the same roof with the grist mill. It was clearly the duty of the insured to make this known. It was contended that mention was made of the fact, but the evidence on this head was unsatisfactory. Then, assuming that this ought to have been disclosed, the question was, was it material? All the witnesses brought up for Plaintiff swear that it was not material. Therefore, whatever the opinion of the court might be, it was bound to decide

according to the testimony of persons well acquainted with the subject. As to the third plea, it could not be maintained, as there was no prescription of six months in the law of the land, which was the law the court was bound to follow. Judgment must therefore go for Plaintiff. Judgment for Plaintiff. (7 *J.*, p. 223.)

R. and G. LAFLAMME, for Plaintiff.

BETHUNE and DUNKIN, for Defendant.

CAPIAS.—PROOF.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st December, 1862.

Coram SMITH, J.

EGERT et al. *vs.* LAIDLAW.

Held: That in a case of a Petition by a Defendant to set aside a writ of *Capias ad Respondendum*, on the ground that the statements of fact sworn to in the affidavit are untrue, the *onus probandi* is entirely on the Defendant to prove that what is so sworn to is false. (1)

This was a Petition by a Defendant to set aside a writ of *Capias ad Respondendum*, on the ground that the statements of fact sworn to in the affidavit were untrue, and specially the assertion that Defendant had, in effect, informed one of Plaintiffs that he had put his property beyond the reach of his creditors.

BETHUNE, for Defendant, relied for the success of the application on the *primâ facie* case made out by Defendant, that he had not to the knowledge of the witnesses, who were persons intimately acquainted with Defendant and his business, in any way secreted or made away with his property, and the entire absence of evidence on the part of Plaintiff: contending that such *primâ facie* case plainly threw the *onus probandi* on Plaintiffs to establish the truth of the allegations contained in the affidavit.

PER CURIAM: The practice, here and in England, whence we have borrowed the procedure, is for Defendant to prove the falsity of Plaintiff's statements. I therefore reject the petition for want of proof. (7 *J.*, p. 227.)

BETHUNE and DUNKIN, for Petr.

KERR and NAGLE, for Plff.

(1) V. art. 819 C. P. C

CONVICTION FOR SELLING LIQUOR WITHOUT LICENCE.

COURT OF QUARTER SESSIONS, Montreal, 27th January, 1857.

Coram MCCORD, J.

MULLINS, Appellant, and BELLEMARE, Respondent.

Held: That a conviction will lie against any one partner upon an information for selling liquors without a license. (1)

Appellant contended, upon his appeal, that he had been illegally convicted of the offence charged against the partnership of which he was a member; particularly on the ground that he was not liable *alone* for the acts of the partnership upon such an information :—

PER CURIAM : The Court is of opinion that the evidence of selling was sufficient, and that a conviction will lie against any one partner of the partnership, on the principle that, although the parties are jointly liable, the law treats all torts as several as well as joint, and the party injured may proceed against all or any or more of them. Conviction confirmed. (7 *J.*, p. 228.)

CUSTOM DUTIES.

CIRCUIT COURT, Montreal, 30th June, 1863.

Coram MONK, A. J.

ATWATER *et al. vs.* BOUTHILLIER.

Held : 1st. That in estimating for duty the market value at the place of exportation of goods imported from a foreign country, such value will be taken to be the value of such goods by a gold or other standard corresponding in value with the standard of the currency in which the duties are Payable.

2nd. That, upon this principle, goods imported from the United States should be estimated for duty by a gold standard that being a standard corresponding in value with canadian currency. (2)

The Defendant was sued for the revendication of a cask of linseed oil detained by the customs at Montreal, and valued at $43.20. The declaration purports to be for refusing to deliver to Plaintiffs a cask of linseed oil then in the examining warehouse, and part of a lot entered on the 25th October, 1862. On that day, Plaintiffs entered 31 casks of linseed oil, one of which was sent to the examining warehouse. On inspection

(1) V. art. 898 S. R. Q.

(2) 22 Vict. ch. 17, sec. 24 ; Statuts revisés du Canada de 1886, ch. 32, sec. 58.

of the invoice, it was found to be made out, not in the prevailing currency of the United States of America, where the same were purchased, but at the gold value and was paid in gold or exchange. The appraiser insisted on a post entry to bring the value up to the paper currency and detained the cask in store until it was done. The question therefore had reference to the payment of the duty on the gold price of the article, instead of on the true market value thereof at the place of exportation. The plea of Defendant is that the invoice of the thirty one casks of linseed oil in question was made out not in the prevailing currency of the United States of America where the same were purchased, but at the gold value and in fact were paid in gold or exchange. That, in fact, the actual cost, in New-York, as stated in said invoice was not the true and fair market value, at the time and place of the purchase of said thirty one casks of linseed oil, but, on the contrary, the true and fair market value thereof at the place of their exportation was quite different from the one stated in said invoice; that the one stated in said invoice was seventy-five cents per gallon, whilst the true and fair market value thereof, at said place of exportation, was ninety cents per gallon; that the duty of twenty per cent, imposed by law on said goods, amounted according to the prevailing currency of the United States, at the time and place of said purchase, to the sum of $235.40, which Plaintiffs have not paid, except $196.20, leaving still due a balance of $39.20; that Plaintiffs paid only $196.20, as and for the duty of twenty per cent as if the true and fair market value was only seventy five cents per gallon, whilst the true and fair market value of said linseed oil, at the time and place of exportation, was ninety cents per gallon; that Defendant had a right to make and did insist on making a post entry to bring the value thereof up to the paper currency of the place of exportation, at the time of such purchase, and Plaintiffs, although called upon to pay the duty according to law, have always refused to do, and, therefore, are still indebted to the amount of $39.20, for said balance of duty so due and owing by them, and cannot claim the said cask of linseed oil until such balance be paid. The parties admitted that the thirty one casks of linseed oil mentioned were purchased by Plaintiffs in the city of New-York, in the state of New-York, one of the United States of America, and were by them entered at the custom house, in the port of Montreal, on the twenty-fifth day of october, 1862, at the price stated in said invoice, namely, the sum of $981, which was the price actually paid by Plaintiffs in New-York and was, at the time of the purchase and at the time of said entry, the actual value at the New-York of said quantity of oil, in gold coin of the United States

of America, of equal, nominal and actual value with the current money of Canada or in currency equivalent to such gold coin, and that Plaintiffs paid to Defendant, as collector of customs at said port, in current money of equivalent nominal and actual value with the said gold coin, as duties on said goods, twenty *per cent* upon the amount or value of said goods as stated in said invoice, to wit: the sum of $196.20; and received from the proper officer a permit for the delivery of said oil to paintiffs, who received thirty casks of said oil, one being retained at the examining warehouse by Defendant who still retained the same on the ground that he has a right to make a post entry and to oblige Plaintiffs to pay a balance of $39.20 as and for the balance of the duty of twenty per cent on said goods, according to his statement annexed to his plea, which balance Plaintiffs have been called upon to pay upon a post entry which Defendant did insist to make, but of all which Plaintiffs refused. That, at the time of the purchase in New-York, there was current, in the United States, a certain issue of paper inconvertible into gold, and bearing, at the time of the purchase, nominally a like value with the gold coin, but, in fact, bearing a real value less by twenty per cent than the gold coin, the rate of exchange from Canada, to New-York, being, at an equivalent premium of exchange in favor of Canada and that the value of the oil in the said paper currency, at the time of said purchase, was $1177.20. That the value of said cask of linseed oil, at Montreal, is $43.20.

MONK, A. J.: The Plaintiffs, E. Atwater and Co., purchased, at New York, a certain quantity of linseed oil. The invoice showed that the articles were of a certain value. The invoice was all right, but the collector thought he was justified in charging the duty according to the paper currency of the United States. Atwater and Co., paid duty, on the 25th October, 1862, according to the value in gold which was a standard common to the two countries. But Defendant claimed that he was entitled to duty according to the amount which Plaintiffs would have paid for the articles, if they had paid in paper currency. The collector had detained one barrel of the linseed oil to meet this excess of duty. The Court believed his pretensions to be utterly unfounded. The collector had no right to go and examine the paper currency of the United States. The action of Plaintiffs for the recovery of the barrel of oil must be maintained, and the collector declared unjustified in making the distinction which he had made. Gold being a standard, it was upon this that the value of all goods in New York must be determined.

"The Court doth adjudge and condemn Defendant to

deliver up to Plaintiffs, within 15 days, the cask or barrel of linseed oil, their property which was duly entered by them at the Custom House, at said port, on or about the 25th day of October last past, and the duties thereupon paid by them, but which Defendant, without any legal claim thereupon for duties or other charges, and without legal right detained, and refused to deliver to Plaintiffs, and, in default thereof, to pay and satisfy to Plaintiffs the sum of $43.20 value of the cask or barrel of linseed oil, with interest thereon from the 24th of January last, the whole with costs *distraits* to Mr. Dorman, Attorney for Plaintiffs. (7 *J.*, p. 285.)

S. W. DORMAN, Attorney for Plaintiffs.

P. R. LAFRENAYE, Attorney for Defendant.

PROCEDURE.—JUDGMENT BY DEFAULT.

CIRCUIT COURT, Montreal, 11th June, 1863.

Coram BADGLEY, J.

DEREPENTIGNY *vs.* DOHERTY.

Held: That after default is entered and judgment pronounced *ex parte* during term, such judgment and default may be set aside, and an appearance and plea to the action permitted to be fyled, on motion supported by an affidavit to the effect that it was through negligence or error of Defendant's Attorney that appearance and plea had not been fyled. (1)

This was an action for real damages done to Plaintiff's house by Defendant when he occupied it as tenant, being bound to deliver up the house at the expiration of his lease in good repair, reasonable wear and tear being allowed. The writ was returned into court on the 2nd of June last. Default was entered only on the 5th. On the 10th, the first day of the term, judgment was given to Plaintiff on proof duly made. The next day, 11th June, Doherty made motion: "that, upon the affidavit herewith produced, default entered be taken off, and that he be permitted to appear and plead therein, upon payment of such costs as this Honorable Court may order." The motion and affidavit were dated and presented on the 11th of June, without notice to the opposite party. Ricard, Plaintiff's attorney, who happened to be present in Court when the motion was made, attempted to show that those proceedings were illegal, and, though not objecting to the want of notice of motion, could not consent to waive his rights to his judgment. He maintained that a judgment could

(1) V. arts. 483*a* et 505 C. P. C.

not be set aside on a mere motion, that the law gave us some special means of accomplishing that end, and it was necessary to apply the law to that effect.

BADGLEY, J.: Ruled that Defendant could not suffer by his attorney's negligence or error, that the affidavit fyled in support of motion went to establish that it was by Mr. Doherty's oversight that an appearance had not been fyled in due time. So he would grant the motion and order Defendant to plead forthwith. Motion granted, judgment and default set aside. (7 *J.*, p. 287.)

L. RICARD, for Plaintiff.

M. DOHERTY, for Defendant.

OBLIGATION BY WIFE SEPARATED AS TO PROPERIY.

CIRCUIT COURT, Montreal, 27th February, 1863.

Coram MONK, J.

GIROUARD *vs.* LACHAPELLE *et vir.*

Held: That both husband and wife *séparée de biens* are jointly and severally liable for a joint note made in the course of a business in which they were both jointly interested. (1)

In rendering judgment, His Honor said: This action was brought on a promissory note signed by husband and wife *séparée de biens.* The plea was that the wife signed the note, not as a partner in the business, but as security for her husband, which was illegal, but the evidence proved that the note was made in the ordinary course of a business, in which both husband and wife were jointly interested. Judgment must therefore go against both Defendants, jointly and severally. (7 *J.*, p. 289.)

JETTÉ, for Plaintiff.

ROYAL, for Opposants.

SEDUCTION.—PATERNITE.—ENFANT.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montréal, 31 mars 1846.

Coram ROLLAND, J., GALE, J., DAY, J.

DUBOIS *vs.* HÉBERT.

Jugé: Que durant la première enfance, l'enfant naturel est laissé sous les soins et en la possession de la mère; mais qu'après les premières années, le père doit avoir l'alternative de prendre son enfant avec lui ou de continuer à en payer l'entretien à la mère. (2)

(1) V. art. 1301 C. C.

(2) V. art. 243 C. C.

JUGEMENT : " La cour déclare le Défendeur père de l'enfant dont la Demanderesse est accouchée le huit novembre, 1841 ; et, en conséquence, condamne le Défendeur à payer à la Demanderesse la somme de £24, tant pour frais de gésine que pour le soutien de l'enfant, jusqu'au jour de l'assignation du Défendeur, nommément jusqu'au 24e jour d'août, 1844, et aux dépens de cette action. Et la cour ordonne au Défendeur de payer à la Demanderesse, à partir du 24 août, 1844, et jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de six ans, la somme de £6, par année, pour le maintien de l'enfant, et, après que l'enfant aura atteint l'âge de six ans, la cour condamne le Défendeur, comme père de l'enfant, d'en prendre soin, de le nourrir, vêtir et élever convenablement ; et à défaut par lui de ce faire, condamne le Défendeur à payer à la Demanderesse la somme de £6 par année, d'avance, à compter du jour que l'enfant aura atteint l'âge de six ans, pour la nourriture, besoin et l'entretien de l'enfant, et ce jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de dix ans. (7 *J.*, p. 290.)

CHERRIER et DORION, pour la Demanderesse.

R. A. R. HUBERT, pour le Défendeur.

PROCEDURE.—CONTESTATION DE COLLOCATION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 29 septembre, 1863.

Coram BERTHELOT, J.

DOUTRE *vs.* GOSSELIN, *et* GABOURIAULT, Opposant.

Jugé : 1° Que lorsque, dans la contestation d'un article de collocation ou distribution, le titre sur lequel l'opposant a été colloqué est contesté, les frais seront accordés, comme si l'opposition elle-même eût été contestée. (1)

2° Que la classe des frais, dans ce cas, est réglée, non par le montant de la collocation, mais par la somme reclamée par l'Opposant.

3° Que l'Opposant est considéré comme Demandeur et le contestant comme Défendeur, pour déterminer les frais dus à chacune des parties.

Gabouriault avait été colloqué pour £36, en déduction de cette partie de son opposition au montant de £179, comme cessionnaire de Céleste Mora dite Laforme, épouse du Défendeur, créancière de ce dernier par contrat de mariage. en date du 24 mai, 1843. Le Demandeur contesta l'article du projet de distribution qui colloquait ainsi l'opposant, sur le motif que le jugement de séparation de biens, qui avait rendu la cédante de l'opposant créancière de son mari de la somme par elle cédée à l'opposant, était nul, vu qu'il avait été obtenu dans un district

(1) V. art. 743 C. P. C.

étranger au domicile des parties et en fraude des créanciers. Le jugement de la cour renvoya la contestation, avec dépens. Les avocats de l'Opposant firent leur mémoire de frais, comme s'il s'agissait d'une opposition contestée ; mais le protonotaire ne leur accorda que les frais d'une contestation de collocation, ce qui faisait une différence de $40 sur un seul item du mémoire. Par motion du [illegible] septembre, 1863, ils demandèrent à la cour de reviser cette taxe, alléguant que le titre qui servait de base à l'article de collocation contesté, ayant été attaqué de nullité, la contestation devait être considérée comme attaquant l'opposition elle-même ; que la procédure avait été instruite avec autant de détails et de trouble que dans une action ordinaire, et qu'il n'y avait aucune raison de taxer les frais autrement que dans une cause ordinaire. Le Demandeur répondit que le tarif n'ayant pas fait d'échelle pour régler les frais d'après le plus ou le moins d'importance des contestations de distribution, la cour ne pouvait méconnaître le tarif et faire des distinctions qui seraient toujours plus ou moins arbitraires ; qu'en effet, il y avait eu articulations de fait, conseils à l'enquête, preuve testimoniale, comme dans les causes ordinaires, mais que le protonotaire avait accordé les honoraires attachés à ces vacations, en sus des honoraires de contestation, et que la revision de la taxe ne pouvait pas améliorer le mémoire à cet égard : que le tarif (art. 36, 37, 38 et 39) avait fixé les frais sur toutes les contestations de rapport de distribution, attribuant au contestant la qualité de Demandeur et à l'autre partie celle de Défendeur ; qu'en supposant même que le principe invoqué par cette motion pût être accepté par la cour, la classe des frais devait être determinée par le montant de la collocation et non par celui reclamé dans l'opposition, que le montant *colloqué* était la mesure de l'intérêt des parties. Jugement accordant la revision de la taxe, comme sur une contestation du fond de l'opposition, suivant l'art. 50 du tarif et ce qui est demandé par l'Opposant.

BERTHELOT J. : Ce jugement est d'accord avec l'opinion de mes collègues sur le banc. Motion accordée. (7 *J.*, p. 290.)

BÉLANGER and DESNOYERS, pour l'Opposant.

DOUTRE and DAOUST, pour le Demandeur.

RENTE VIAGERE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 13 février, 1863.

Coram MONK, J. A.

CHENIER, père, *vs.* COUTLÉE et al.

Jugé: Que la prestation suivante portée dans un acte de donation "de nourrir le donateur à son pot et feu, de le chauffer et éclairer," n'est pas productive d'arrérages; et qu'une mise en demeure légale doit être faite à la partie obligée pour la contraindre au service de cette prestation, le Défendeur ayant toujours été prêt à se conformer à son obligation.

Le 12 mars, 1849, le Demandeur donne à son fils Antoine, une terre de 3 arpents sur 20, aux Cèdres, à la charge de nourrir le Demandeur, son père, à son pot et feu, de le chauffer et éclairer, le tout sa vie durante. Cette prestation est estimée valoir $8 par mois, formant $288 pour les 3 années échues le 12 mars, 1861. Antoine Chenier a été requis et mis en demeure de remplir ses obligations, et a refusé et refuse encore de le faire. Les deux autres Défendeurs, Coutlée et Dupont, sont en possession de la terre donnée à Antoine Chenier fils; le Demandeur est âgé de 86 ans, incapable de pourvoir à sa subsistance et à celle de son épouse âgée de 74 ans; et, vû le refus de Ant. Chenier fils, de remplir ses obligations, le Demandeur est bien fondé à demander la résiliation de la donation et à être mis en possession de la terre donnée; les conclusions sont à cet effet, et l'on demande que le jugement soit commun entre les parties Défenderesses. Le Défendeur, Antoine Chenier fils, a plaidé à l'action que l'acte de 12 mars, 1849, est de nature aléatoire, et que les charges qui y sont portées sont aussi de même nature; que ces charges ou prestations n'arréragent pas; que le Demandeur n'allègue pas de mise en demeure légale et régulière faite à Antoine, son fils, ni aux deux autres Défendeurs, d'exécuter les susdites prestations; depuis le 12 mars, 1849, le Demandeur a vécu convenablement, et s'est passé volontairement du service de ces charges; que le Demandeur est créancier d'autres rentes et revenus et d'un chemin de péage; que le Défendeur, Antoine Chenier fils, n'a jamais refusé de recevoir le Demandeur chez lui, et qu'il a toujours été et est encore prêt à le recevoir. Les deux autres Défendeurs ont offert les mêmes moyens de défense, et disent de plus qu'ils sont possesseurs de la terre de bonne foi et sans fraude.

"La cour, considérant qu'il n'est pas établi, par la preuve produite que le Défendeur, Antoine Chenier fils, ait jamais été légalement mis en demeure de faire les charges et prestations portées et stipulées en faveur du Demandeur, dans et par

l'acte de donation en date du 12 mars, 1849; considérant qu'il n'est pas établi, par une preuve légale et suffisante, que le Défendeur, Antoine Chenier fils, ait jamais refusé de nourrir le Demandeur, son père, à son pot et feu, ou de le loger, chauffer et éclairer, tel que convenu dans et par l'acte de donation du 12 mars, 1849, mais au contraire, il est prouvé qu'il a toujours été prêt à nourrir, chauffer et éclairer son père, le Demandeur, suivant ses moyens, et qu'il est prêt encore de le faire; vu que, sous ces circonstances, les charges et prestations personnelles portées dans l'acte de donation du 12 mars, 1849, n'ont pas, suivant la loi, arréragé tel qu'il est prétendu par le Demandeur dans sa demande et déclaration, et que, de fait et de droit, les arrérages réclamés par le Demandeur ne sont pas accrus en sa faveur; considérant qu'il n'est pas prouvé que le Défendeur, Antoine Chenier fils, ne soit pas capable de nourrir le Demandeur son père, à son pot et feu, ou de remplir toutes les autres charges et obligations portées dans l'acte de donation du 12 mars, 1849, mais, au contraire, qu'il résulte de la preuve, qu'il est en moyen de remplir telles charges et obligations; considérant, d'abondant, qu'il est prouvé que le Demandeur a des revenus et des moyens suffisants pour le faire vivre entièrement indépendant de son fils, le Défendeur, Antoine Chenier fils: considérant que, quant aux autres Défendeurs, Coutlée et Dupont, il n'est pas prouvé qu'ils soient en possession, comme propriétaires de la terre donnée par le Demandeur au Défendeur Antoine Chenier fils, par l'acte du 12 mars 1849, par dol ou fraude, mais, au contraire, qu'ils sont propriétaires de la terre, de bonne foi et en vertu de titres bons et valables, maintient les exceptions produites par les Défendeurs respectivement, et a débouté et déboute l'action et demande du Demandeur, avec dépens. (7 *J.*, p. 291.)

DORION and DORION, pour le Demandeur.

MOREAU, OUIMET and CHAPLEAU, pour les Défendeurs.

SPECIAL ANSWER.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st October 1863.

Coram MONK, A. J.

MARTIN and vir *vs.* MARTIN.

Held: That a Plaintiff cannot, by a special answer to a plea, founded upon a deed to which he was a party, and which deed would defeat his action, set up grounds of nullity against such deed and ask the recision thereof, and that the nullity of such deed should have been asked by the declaration.

This was an action instituted by Plaintiff, Margaret A. Martin, against her father, for an account and *partage* of the *communauté tripartite* heretofore existing between Defendant, his second wife, and Plaintiff, issue of Defendant's first marriage. The Defendant pleaded, that, by a certain deed passed before notaries, previous to the institution of Plaintiff's action, Plaintiff, being of age, had sold to him all her rights, titles, and interest in the *communauté* and in the estate of her mother. The Plaintiff, by her special answer, attacked the validity of the sale made by her to her father, upon the ground that it was fraudulent, and that she had been induced to sign the deed by the false representations made to her by Defendant, as to the real value of her rights and interest in said estate, and concluded that the said deed be declared null and void and of no effect, and be set aside. Upon the production of this special answer, Defendant moved that it should be rejected, as being irregularly pleaded, for, amongst other reasons, the following: 1st. Because Plaintiff could not, by a special answer, ask the nullity of a deed to which she was a party, and which could only be set aside upon a direct action. 2nd. That the special answer contained allegations or conclusions which should have formed part of Plaintiff's declaration. 3rd. That the special answer contained new and different grounds of action. Defendant cited, in support of his motion: 1 Solon, *Traité des Nullités*, p. 281: *Marcoux* vs. *Bergevin*, Queen's Bench, Montreal, 19th October, 1846: *McGory* vs. *Griffin*, (1) The Plaintiff opposed the motion upon two grounds; 1st. That a motion was not the proper proceeding to test this special answer, but that it should have been done by demurrer. 2nd. That she had regularly pleaded. The Court was of opinion that the motion was the proper mode of dealing with this special answer, which was altogether irregular for the grounds set forth in the motion. Motion granted and special answer dismissed with costs. (2) (7 *J.*, p. 293.)

KERR and NAGLE, Attorneys for Plaintiffs.

DORION and DORION, Attorneys for Defendants.

(1) On ne peut mettre dans une réponse spéciale des allégations nécessaires à la demande et qui devraient être contenues dans la déclaration. Ainsi, dans une poursuite intentée contre un mandataire, lui demandant personnellement le paiement d'une somme d'argent qu'il a promis payer comme mandataire d'un tiers, quoiqu'il ne fût pas mandataire, cette fausse représentation du mandat doit être alléguée dans la déclaration, vu qu'elle est la base du recours du Demandeur contre le mandataire personnellement. (*McGory* vs. *Griffin*, C. S., Montréal, 30 décembre, 1856, DAY J., SMITH J., et C. MONDELET J., 5 R. J. R. Q., p. 396). V. art. 50 C. P. C.

(2) On the same day a similar decision was givn by Mr. Justice Berthelot, in *Remillard et al.* vs. *Beaudin et al.*

INTERROGATOIRES SUR FAITS ET ARTICLES.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th June, 1863.

Coram SMITH, J.

GUYON dit LEMOINE *vs.* LIONAIS.

Held: That a case is not concluded on the default of the Defendant to answer interrogatories *sur faits et articles*, if it is susceptible of further testimony.

2. A party to whom interrogatories *sur faits et articles* have been submitted may answer them at any time before the case is concluded.

PER CURIAM: Two motions had been made by Plaintiff against Defendant, based upon the fact that to both series of interrogatories proposed to him, the party had made default to answer; that, having made default to answer any of these questions, the case was concluded, and that the default entitled Plaintiff to have judgment entered in his favour, the proof on his part being made, inasmuch as the interrogatories covered the whole case. In France, it appeared that, where parties were called upon to answer interrogatories on *faits et articles*, and they refused to answer, the Plaintiff called upon the Judge to consider the interrogatories as admitted, and enter up judgment in his favour. There was no doubt that there was much wisdom in this rule, and, in the case cited from Pigeau, the rule had doubtless, been acted upon very judiciously. When a Defendant, for example, was called upon to answer respecting a loan, and the case was one not susceptible of further testimony, the interrogatories were conclusive upon the subject, and the proof was made. In such a case, there would, of course, be sufficient to enter up judgment upon. But take the present case. The action had been going on four or five years, and the parties had been at *enquête* for two years and a half. Thirty or forty witnesses had been examined, and a great variety of issues had been raised, and now a second series of interrogatories had been served upon Defendant. Defendant made default, and now Plaintiff moved that, inasmuch as these interrogatories had not been answered, and, inasmuch as they covered the whole of the issues between the parties, that judgment be entered up for Plaintiff. But there was no such practice in this country. In those cases in which it was admitted, there was no other evidence, the interrogatories finished the whole matter. But here the parties had been taking evidence for years, and were proceeding with the instruction of the Court on the case. The rules of procedure on this subject had been interpreted uniformly until lately. The first interpretation was that, under the ordinance of 1667, according to which the parties were at liberty at any

time to come up and answer the interrogatories. The point came up at Quebec, and it had there been held that the right to answer must be limited to the duration of the *enquête.* But this rule had not been adopted here, and our practice continued to be that the party might come up and answer on *faits et articles* any time before the case had been concluded. The motion must, therefore, be dismissed. But, before concluding upon this first point, it was proper to remark that there were two sets of interrogatories in this case, and it did not appear that any default had ever been entered in the books of the Court, with respect to the first set. If there were no such entry, it was clear that no judgment could be given on this motion. There was a second motion, which said that, inasmuch as this case had been going on for three years at *enquête*, inasmuch as a great many witnesses had been examined, and they had answered nothing, and nothing had been proved, that judgment be entered up for Defendant. This was a singular motion, and must of course be rejected. Motion rejected. (7 J., p. 294.)

FLEMING, for Plaintiff.

LEBLANC and CASSIDY, for Defendant.

INTERROGATOIRES SUR FAITS ET ARTICLES.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 décembre 1863.

Coram LORANGER, J.

GUYON DIT LEMOINE *vs.* LIONAIS.

Jugé : Que, dans certaines circonstances particulières, il peut être permis à une partie, assignée à répondre *vivâ voce* à des faits et articles, de lire des réponses préparées d'avance. (1)

Le Défendeur ayant été assigné à répondre *vivâ voce* à des interrogatoires sur faits et articles, il était procédé à prendre ses réponses, lorsque, le 26 décembre 1863, l'Hon Juge Loranger alors siégeant, interrompit la réponse que le Défendeur avait commencé à donner au 28me interrogatoire additionnel, par l'interlocutoire suivant : " L'attention du juge président ayant été attirée sur le fait que le Défendeur lit d'un papier rédigé d'avance et qu'il tient en main les réponses aux interrogatoires sur faits et articles qui lui sont proposés, et le juge président ayant plusieurs fois notifié au Défendeur l'illégalité de cette manière de procéder, l'informant qu'il ne peut se servir de notes ou référer à des documents que pour aider et rafraîchir sa mémoire, sur des dates ou circonstances particulières,

(1) V. art. 226 C. P. C.

qui nécessitent une référence particulière, l'interrogatoire vingt-huit lui est proposé, et ayant répondu quelques mots sans paraître lire du papier rédigé d'avance, il recommence cette lecture en continuant sa réponse à l'interrogatoire; la cour refuse d'entrer la continuation de sa réponse, et suspend l'interrogatoire à l'effet d'aviser sur le procédé à adopter en pareil cas." Le 31 décembre 1851, l'interlocutoire suivant fut rendu sur cet incident: "La cour, ayant repris pour le reconsidérer, à l'effet de l'amender ou d'en assurer l'exécution, par voies additionnelles, suivant le cas, l'ordre par elle donné à l'enquête, le 25 décembre courant: considérant le nombre des interrogatoires sur faits et articles et des interrogatoires supplémentaires proposés au Défendeur, tant ceux auxquels il a déjà répondu que ceux auquels il a encore à répondre, la longueur démesurée de quelques-uns, le rapport éloigné d'un grand nombre avec les faits en contestation, la multiplicité des faits et l'éloignement des époques sur lesquelles il est interrogé; appréciant les difficultés, presque l'impossibilité de répondre, de mémoire, même avec l'aide de notes de documents auxquels congé lui a été donné de référer par l'ordre en question, et usant du pouvoir discrétionnel inhérant à la juridiction du tribunal, en semblable cas, dans l'intérêt bien entendu de la justice et la recherche éclairée de la vérité, sans néanmoins déroger à la règle générale introduite dans la manière de recevoir les réponses sur faits et articles, telle que consignée dans cet ordre, mais en déviant par exception spéciale dans la présente espèce, pour les raisons ci-dessus énoncées, a rescindé et rescinde le dit ordre du 26 décembre courant, et dit et adjuge qu'en répondant à l'interrogatoire 28 et aux suivants, le Défendeur fera usage de tels documents et papiers qu'il avisera. (1) (8 J., p. 91.)

J. R. FLEMING, pour le Demandeur.

LEBLANC and CASSIDY, pour le Défendeur.

(1) La section 86 du chapitre 44 des Statuts du Canada de 1857, 20 Vict., se lisait comme suit: "Toute partie sommée de répondre à des interrogatoire sur faits et articles, dans une cause en Cour Supérieure ou Cour de Circuit, pourra par telle sommation être tenue de répondre de vive voix, Cour tenante, ou à l'enquête dans la cause ou au procès devant le jury, et telles réponse seront prises par le juge ou par le greffier; et le juge présidant telle cour ou telle enquête ou procès pourra soumettre de vive voix à la dite partie toute autres questions pertinentes aux interrogatoires, et auxquelles il pourra considérer necessaire qu'il soit répondu d'une manière franche et entière, ou pertinentes aux faits qu'elles sont destinées à prouver, en cas d'admission par refus d'y répondre, et la réponse ou refus de répondre à tout question ainsi soumise par le juge aura le même effet que si telle question faisait partie des interrogatoires signifiés à la dite partie et auxquels elle a été sommée de répondre; et toute question, ainsi soumise par le juge à laquelle la partie interrogée refusera de répondre, sera, sur ordre du juge, mise par écrit par le protonotaire ou greffier ou un écrivain employé par lui et restera alors de record et aura effet comme susdit." Il a été jugé sous ces dispositions que

COURT OF VICE-ADMIRALTY.—JURISDICTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 23rd September, 1862.

Coram MONK, A. J.

Ex parte LOUIS COULON et al.

Petitioners for a Writ of Prohibition.

Held: That the Court of Vice Admiralty has jurisdiction throughout Lower Canada, to attach a sea going vessel to answer a suit instituted in that Court.

The petitioners presented a petition to the Superior Court, setting up in effect that, on the 8th September, 1862, they having been mariners on the brigantine "Adonis" from Halifax, had obtained judgments before Charles J. Coursol, judge of the Sessions of the Peace, at Montreal, against George Lavoie, the Captain of the "Adonis," for wages; that, on the 12th September, warrants of distress were issued from the Police Court against the vessel "Adonis," for the payment of the said judgments; that John Bates, a constable of the Police Court, took the vessel in execution, at Montreal, under the said warrants, and fixed the 18th September as the day of sale, but, on the 16th September, he received the order of the Court of Vice admiralty to suspend further proceedings, inasmuch as the "Adonis" was already under seizure made at Montreal in a suit begun in the Court of Vice admiralty, at Quebec, for the payment of a certain bottomry bond made at Halifax, Nova Scotia, payable on arrival of the vessel at Montreal; that the order of the Court of Vice Admiralty was executed at the City of Montreal, by the seizure of the vessel there, on or about the 11th September; that Bates, on the 17th September, received a summons to appear before the Court of Vice Admiralty, at Quebec, on the 26th September, on a charge of contempt of said Court, in having taken the vessel in execution under the said warrants; that the petitioners were aggrieved by the premises: 1° Because the Court of Vice Admiralty had no jurisdiction over any vessel in the port of Montreal; 2° Because the jurisdiction of the Court of Vice Admiralty does not extend beyond the ebbing and flowing of the tide, which does not extend to Montreal.

The prayer of the petition was, in effect, that the Superior

la partie, assignée à répondre de vive voix à des interrogatoires sur faits et articles, ne peut donner ses réponses en les lisant d'un écrit préparé à l'avance. (COLEMAN et al vs. FAIRBAIRN, C. S., Montréal, 4 mars 1859, BADGLEY, J., 8 R. J. R. Q., p. 131.) Jugé, au contraire, que la partie ainsi assignée à répondre de vive voix peut lire ses réponses préparées à l'avance. (FENN vs. BOWKER, C. S., Montréal, 6 février 1863, MONK, J., 11 R. J. R. Q., p. 512.)

Court would issue a writ of prohibition addressed to Henry Black, the judge of the Admiralty Court, prohibiting him from maintaining the warrant of arrest on the bottomry bond, as having been issued without jurisdiction, unless causes to the contrary be shown on a day to be named by the Superior Court. GIROUARD, for the petitioners, argued in support of the petition that the law and the Commission of Her Majesty to Henry Black, judge of the Court of Vice Admiralty, gave him no jurisdiction beyond the ebbing and flowing of the tide. Stuart's Vice Admiralty Cases, p. 376 and seq. The Court rejected the petition, *inter alia*, on the ground that the jurisdiction of the Vice Admiralty Court, extended throughout Lower Canada. Petition rejected. (1) (7 J., p. 295.)

D. GIROUARD, for Petitioners.

(1) LETTERS PATENT APPOINTING JUDGE.

VICTORIA, by the Grace of God, of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, Queen, Defender of the Faith. To our well beloved HENRY BLACK, Esquire, Greeting.

We do by these presents, make, ordain, nominate, and appoint you the said Henry Black, to be our commissary in our Vice-Admiralty Court, in our province of Lower Canada in America, and territories thereunto belonging. And we do hereby grant unto you full power to take cognizance of, and proceed in, all causes civil and maritime, and in complaints, contracts, offences, or suspected offences, crimes, pleas, debts, exchanges, policies of assurances, accounts, charter parties, agreements, bills of lading of ships and all matters and contracts, which in any manner whatsoever relate to freight due for ships hired and let out, and transport money or maritime usury, otherwise bottomry, or which do any way concern suits, trespasses, injuries, extortions, demands, and affairs civil and maritime whatsoever, between merchants, or between owners and proprietors of ships or other vessels, and merchandises, or other persons whomsoever, with such owners and proprietors of ships and all other vessels whatsoever, employed or used, or between any other persons howsoever, had, began, made or contracted, for any matter, cause or thing, business or injury whatsoever, done or to be done as well in, upon or by the sea, or public streams, fresh waters, ports, rivers, creeks and places overflowed whatsoever, within the ebbing and flowing of the sea, or high water mark, as upon any of the shores or banks adjoining to them or either of them, together with all and singular their incidents, emergents, dependencies, annexed and connexed causes whatsoever: and such causes, complaints, contracts, and other the premises aforesaid, or any of them, howsoever the same may happen to arise, be contracted, had or done, to hear and determine according to the civil and maritime laws and customs of our High Court of Admiralty of England, in our said province of Lower Canada, and maritime parts of the same, and thereto adjacent whatsoever, and also with power to sit and hold Courts in cities, towns and places, in our Province of Lower Canada aforesaid, for the hearing and determining of all such causes and businesses, together with all and singular their incidents, emergencies and dependencies, annexed and connexed causes whatsoever, and to proceed judicially and according to law in administering justice therein; and moreover, to compel witnesses, in case they withdraw themselves for interest, fear, favor or ill-will, or any other cause whatsoever, to give evidence to the truth in all and every causes above mentioned, according to the exigencies of the law, and further, to take all manner of recognizances, cautions, obligations, and stipulations, as well to our use as at the instance of any parties, for agreements or debts, or other causes and businesses whatsoever, and to put the same in execution, and to

FOLLE ENCHERE.—PROCEDURE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 29 septembre 1863.

Coram BERTHELOT, J.

RUSSELL *vs.* FOURNIER *et al.*, *et* McBAIN, adjudicataire.

Jugé: Qu'une règle pour folle enchère peut être accordée, nonob-tant le décès du créancier poursuivant le décret. (1)

Une règle pour folle enchère ayant été émanée au nom de la Demanderesse pour procéder à la revente des immeubles adjugés à l'adjudicataire qui avait négligé de payer son prix d'adjudication, ce dernier répondit par écrit que la Demanderesse est décédée, en Ecosse, depuis plus d'un an, que les copies de la règle signifiée ne sont pas certifiées valablement ni légalement, les avocats n'ayant pas droit de certifier les dites copies, et il conclut au rejet et débouté de la dite règle. Par son jugement, la cour accorda la règle pour folle enchère. Folle enchère ordonnée. (7 *J.*, p. 299.)

A. et W. ROBERTSON, avocats de la Demanderesse.

MOREAU, OUIMET et CHAPLEAU, avocats de l'Adjudicataire.

cause and command them to be executed, and duly to search and enquire of and concerning all goods of traitors, pirates, manslayers, felons, fugitives, and felons of themselves,and concerning the bodies of persons drowned,killed, or by any other means coming to their death in the sea, or in any ports, rivers or public streams, or creeks, and places overflowed, and also concerning what may be happening in the aforesaid places, and engines, toils, and nets prohibited and unlawful, and the occupiers thereof.

And moreover, concerning fishes royal, namely ; whales, kiggs, grampuses, dolphins sturgeons, and all other fishes whatsoever, which are of a great and very large bulk or fatness, by right or custom any ways used, belonging to us and to the office of our high Admiral of England ; and also of and concerning all casualties at sea, goods wrecked, flotson, jetson, lagon, shares, things cast over board, and wreck of the sea, and all goods taken and to be taken as derelict or by chance found or to be found and all other trespasses, misdemeanors, offences, enormities and maritime crimes whatsoever done and committed, or to be done and committed, as well in and upon the high sea, as in all ports, rivers, fresh waters, and creeks, and shores of the sea, to high water mark, from all first bridges towards the sea, in and throughout our said province of Lower Canada, and maritime coasts thereto, and thereunto belonging, howsoever, whensoever, or by what means soever arising or happening. And &c., &c.

(1) V. art. 547 C. P. C.

DISCONTINUATION DE POURSUITE.—DEPENS.

COUR SUPÉRIEURE, Montreal, 24 février, 1863

Before MONK, J. A.

CHARLEBOIS *vs.* COULOMBE.

Jugé: Que les frais dont distraction a été demandée, dans les conclusions de la déclaration, par le procureur *ad litem* du Demandeur, lui seront adjugés, par jugement de la Cour, nonobstant que les parties se soient arrangées après le rapport de l'action, par acte notarié et hors la connaissance du procureur du Demandeur.

Cette action était une demande en adhésion, portée par le Demandeur contre la Défenderesse, sa belle-mère, chez laquelle s'était retirée la femme du Demandeur. Le Demandeur avait pris les conclusions suivantes: " Le Demandeur conclut " à ce que la Défenderesse soit condamnée à rendre et renvoyer au Demandeur sa dite épouse, sous tel délai, que la " cour fixera, et qu'à défaut par elle de ce faire, sous tel délai, " le Demandeur soit autorisé de prendre et d'aller chercher sa " dite épouse chez la Défenderesse, par tous moyens que de " droit et suivant le cours de la loi, de plus, qu'il soit fait défense et inhibition à la Défenderesse de retirer chez elle la " femme du Demandeur, conclut en outre le Demandeur à ce " que la Défenderesse soit condamnée à lui payer, par forme " de dommages, la somme de £1,000, et les dépens, dans tous " les cas, de la présente action, dont le soussigné demande " distraction." Cette action ayant été rapportée, le 1er septembre 1862, le Demandeur, par un acte de désistement, reçu le 6 octobre, 1862, devant Martin, N. P., se désista de sa demande contre la Défenderesse et se chargea de payer tous les frais. Comme le Demandeur négligeait de payer les frais, son procureur inscrivit la cause à l'enquête, pour prouver ce désistement, et, sur audition au mérite, la cour rendit jugement pour les frais, accordant distraction au procureur du Demandeur. Ce jugement est dans les termes suivants: La cour, après avoir entendu les parties, sur le mérite de cette cause *ex-parte*, condamne la Défenderesse à payer au Demandeur les dépens de cette action seulement, distraits à D. Girouard, avocat du Demandeur. (7 *J.*, p. 300.)

D. GIROUARD, avocat du Demandeur.

LEBLANC et CASSIDY, avocats de la Défenderesse.

VENTE DE CREANCE.—ACCEPTATION DE TRANSPORT.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 19 novembre 1863.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Juge-en-Chef, DUVAL, MEREDITH, et MONDELET, Juges.

PERRAULT *et vir*, Appellants, *et* LA BANQUE ONTARIO, Intimée.

Jugé : Qu'un transport de créance accepté par le notaire, au nom du cessionnaire, est suffisamment ratifié et parfait par la signification qui en est faite au nom du cessionnaire, et sort son effet du jour de cette signification.

La Banque Ontario avait obtenu jugement contre Ed. Barnard, le 28 février 1859, à Montréal, pour $3,602, avec intérêts et dépens. Pour en obtenir le paiement, elle fit émaner une saisie-arrêt qui fut signifiée le 26 mars 1860, à John Boston, shérif de Montréal, et John Platt, du même lieu. Boston déclara qu'en sa qualité de Shérif, il avait en mains une somme de £41477, qui lui avait été consignée par Platt, comme montant d'un jugement obtenu par Barnard contre ce dernier, le 30 juin 1859, et pour paiement duquel les immeubles de Platt étaient alors saisis. L'Appelante intervint sur la saisie-arrêt ainsi faite, et allégua : que, le 2 novembre 1859, par acte reçu devant Hunter et confrère, notaires, Barnard reconnut devoir à l'Appelante, pour prêt à lui fait, la somme de $1,125, avec intérêt, et pour sûreté du paiement, il lui transporta, jusqu'à concurrence, partie du jugement qu'il avait obtenu contre Platt, ainsi qu'il est mentionné plus haut. L'Appelante n'était pas présente à l'acte de transport, quoiqu'il fût dit qu'elle acceptait. Le transport fut ensuite signifié à Platt, le 4 novembre 1859, avec déclaration que c'était à la requisition de l'Appelante ; que l'exécution procédait ainsi contre Platt, à sa connaissance, au profit de l'Appellante et de Barnard ; que, pour éviter l'expropriation, Platt paya, entre les mains du Shérif, le montant du jugement £41477 ; que, sur cette somme, il était dû à l'Appellante, comme balance en principal $1050,85, avec intérêt du 15 novembre 1859. Elle concluait à être déclarée saisie de la créance de $1125, à compter de la date de la signification du transport : que la saisie-arrêt faite à la poursuite des intimés fût déclarée nulle, *pro tanto*, et que le shérif fût condamné à lui payer la somme de $1050.85, avec intérêt, tel que susdit, et elle concluait aux dépens contre les intimés, au cas de contestation. Les intimés contestèrent l'intervention, niant à l'Appelante le droit d'intervenir, et alléguant, d'abondant, que Platt, par sa déclaration, avait reconnu devoir à Barnard, sans reconnaître l'appelante comme sa

créancière. Que le transport n'avait pas été signifié à Boston. Que, conséquemment, immédiatement après la consignation des deniers par Platt, Barnard pouvait en exiger la délivrance, et qu'ainsi la saisie-arrêt devait avoir son effet, l'appelante n'ayant produit son opposition à la délivrance des deniers, entre les mains du shérif Boston, que le lendemain de la signification à lui faite de la saisie-arrêt ; que cette opposition venait trop tard, lors même qu'elle pût être considérée comme signification du transport.

Le jugement rendu sur cette contestation, le 26 décembre 1860, est dans les termes suivants,—SMITH, J. : " Considering " that Charlotte Mathilde Perrault, the intervening party, " hath failed to establish any right in law to intervene, and " thereby to have and maintain the conclusions by her taken " in said intervention, and to claim, by preference, the money " seized by process of *Saisie-Arrêt* in the hands of John Bos- " ton, to the exclusion of Plaintiff and for the reason that " the said Dame Casgrain hath failed to show any legal bind- " ing and subsisting agreement between her and Edmund " Barnard, her assignor, the assignment of the said judgment " obtained by Barnard against John Platt not being accepted " by said dame Casgrain in any way or form to make the " assignment binding, and that, by reason thereof, the assign- " ment cannot vest the judgment in the intervening party as " claimed by her : the court doth maintain the contestation of " the intervention by Plaintiff, and doth dismiss the same, " with cost."

LAFONTAINE, C. J. : Le 28 février 1859, à Montréal, la Banque d'Ontario obtient un jugement contre Edmund Barnard et Olivier Berthelet, pour la somme de $3602, avec intérêt sur $3600, à compter du 11 septembre, 1858, et les dépens taxés à £18 18 9. Le 2 novembre 1859 (Hunter, notaire) acte d'obligation par lequel Barnard reconnaît devoir à Charlotte Mathilde Perrault la somme $1125, payable à demande, et lui cède et transporte, comme sûreté collatérale, un montant égal dû à Barnard par John Platt, sur jugement pour plus forte somme, rendu le 30 Juin 1859, dans une cause de Barnard contre Platt, ce qui a été accepté par le notaire, la dite dame Perrault n'étant pas présente. On a prétendu que cette acceptation par le notaire était nulle. Je ne le pense pas, et je crois que cette prétention est contraire à la Jurisprudence de nos cours en pareille matière, du moins en ce qui concerne de simples obligations. Du reste, le dit acte a été dûment signifié par le notaire au dit Platt, le surlendemain de sa passation, c'est-à-dire, le 4 du mois de novembre. Le Statut Provincial, 13 et 14e Vic., ch. 39, s. 11, dit : " toutes notifications, " significations et protestations faites par les notaires, à la re-

"quisition d'une partie, et sans qu'elle ait accompagné les notaires ou le notaire, ni signé l'acte, seront authentiques et feront preuve par elles-mêmes de leur contenu jusqu'à réensation ou désaveu par la personne (ou autres ayant droit) au nom de qui ces significations, notifications et protestations ont été faites" (Statuts Ref. du Bas-Canada, ch. 73, s. 27.) L'acte de signification du 4 novembre comporte, ce me semble, une ratification, par Madame Perrault, du transport du 2, jusqu'à désaveu de sa part. Or ce désaveu est loin d'avoir été fait. La signification lie donc le débiteur délégué, Platt, aussi bien qu'il lie la dite Dame et le cédant Barnard, parties au dit acte du 2 novembre. Il y a plus, c'est qu'il y a eu encore ratification de la part de la dite Dame Perrault, d'abord par son *Opposition à la délivrance des deniers*, formulée par elle du 28 mars 1860, entre les mains du Shérif Boston, dans la cause de Barnard contre Platt, et encore plus formellement, si c'est possible, par sa Requête en intervention en cette cause. La dite dame Perrault serait bien malheureuse si, avec toutes ses ratifications, ses prétentions ne pouvaient pas être maintenues. Le jugement du 30 juin 1859, obtenu par Barnard contre Platt, a été dûment enregistré le 6 juillet suivant. De là hypothèque légale et générale acquise au dit Barnard sur les immeubles de Platt, laquelle hypothèque dûment transmise à la dite dame Perrault par l'effet du transport et de sa signification, *pour autant*. Platt, après la saisie de ses immeubles par le Shérif, a payé entre les mains de ce dernier le montant réclamé par cette saisie, savoir £41477. Cette somme, le Shérif Boston l'a reçue *en sa qualité de Shérif*, et, comme il le dit lui-même dans sa déclaration sur la saisie-arrêt dont il s'agit, "*in satisfaction of a debt*," c'est-à-dire, en paiement de la dette de Platt, de laquelle dette la dite dame Perrault était alors saisie pour la plus grande partie. Ce que Platt payait ainsi, sous la saisie de ses immeubles, et ce que le shérif recevait en qualité de Shérif, était donc la créance de la dite dame Perrault. Platt payait au nom de la justice, et était à l'avenir libéré ; le shérif recevait ainsi au nom de la Justice, et recevant pour la créancière madame Perrault, dûment saisie du montant du transport, il doit lui payer ce montant. La saisie-arrêt faite entre ses mains n'a pas été faite en sa qualité de Shérif, mais seulement en son nom individuel. Comme tel, il n'avait rien appartenant à Platt, ni à Barnard. En qualité d'officier de la Justice, il avait la somme ci-haut mentionnée. Par son intervention, Madame Perrault conclut à la nullité, pour autant, de la dite saisie-arrêt, et, pour l'excédant de sa réclamation, elle conclut à ce que la dite saisie-arrêt soit déclarée bonne et valable, en ce qui peut regarder Barnard. Je ne vois pas d'objection à accorder la

première partie de ses conclusions; quant à la seconde partie, j'y vois une grande objection, c'est que la saisie-arrêt est contestée par le Défendeur Barnard, par deux exceptions péremptoires où il raconte toutes ses transactions avec son ancien client Berthelet, et que cette contestation subsiste encore. Par la conclusion prise pour elle-même, dans son intervention, il est évident que Madame Perrault veut procéder ultérieurement sur son opposition à la délivrance des deniers, pour obtenir le paiement de la balance qui lui est due, sur le dit acte d'obligation et transport, savoir la somme de $1050\frac{85}{100}$ avec intérêt sur icelle à compter du 15 Nov. 1859. C'est probablement la manière la plus régulière de procéder.

MEREDITH, J.: It is plain from the return of the Sheriff, that the sum of money mentioned in the declaration of John Boston, is the amount of the judgment in the case No. 493, *Barnard* vs. *Platt*; a part of which was transferred to Appellant by the deed of the 2nd November, 1859. The question, therefore, which we have to determine is this: Had that sum of money been lawfully transferred to Appellant, to the extent claimed by her before the attachment thereof by Respondent? The objection to the transfer in favour of Appellant, is that it has not been lawfully accepted. As to this point, I am of opinion that the acceptance of the Notaries set forth in the deed of transfer must be considered as extending to every part of that instrument, exactly in the same way as if Appellant had been personally present at the passing of the deed; in which case, it could not be contended that it would have been necessary for her to repeat her acceptance of each of the covenants made in her favour. There still however remains the question whether the notary, having power to accept the deed as an obligation, which he certainly had, (1) had also power to accept that part of the deed which was in effect a transfer. Upon this point, I do not think it necessary to express an opinion, because Appellants may, I think, rely with confidence on the signification of the transfer made on the 4th Nov. 1859, "*à la réquisition des Appelants*," as a ratification of the notarial acceptance for her. This view is justified by the 11th section of the 13 and 14 Vict., Cap. 59, which has already been quoted by the Chief-Justice, and is also in accordance with the judgment of this Court, in the

(1) Ryan vs. Halpin, 5 R. J. R. Q., p. 6, and the authorities there collected.

case of Ryan and Halpin. (1) In that case, the Court decided that the acceptance of an obligation creating a special hypothec, was not necessary to give validity to such special hypothec, and also (vide second considerant of the judgment of the Court of Appeals) "qu'en supposant même que cette acceptation fût nécessaire, l'enregistrement fait de la dite obligation équivaudrait à cette acceptation." Now it will hardly be contended that the signification of the transfer, under the statutory provision already adverted to, ought not to be as effectual in the way of a ratification of a deed, as the enregistration of such deed. I therefore think that the transfer in favour of Appellant, ought to have been maintained, and that, in so far as may be necessary to give effect to it, we must reverse the judgment of the Superior Court.

Le jugement en appel fut motivé comme suit :

The Court, seeing that it is established, that the sum of £391 5s and certain interest, mentioned in the declaration of John Boston, one of the *tiers saisis*, made on the 11th day of April, 1860, was received by Boston, as Sheriff of this District, on the 27th day of March, 1860, under and by virtue of a certain writ *de terris*, issued in the cause No. 493, in the Superior Court for this District, in which Edmund Barnard, was Plaintiff, and John Platt, was Defendant. Seeing that, by the deed styled "Obligation, mortgage, and transfer," bearing date the 2nd day of November, 1859, executed before Hunter and his colleague Notaries Public, Barnard acknowledged to be indebted to Charlotte Mathilde Perrault, the Appellant, in the sum of $1125, and by the said deed, promised to pay the said debt to Charlotte Mathilde Perrault, thereof accepting by the said notaries on demand, with interest at the rate of six per centum from the date of the said deed. Seeing also that, by the said deed, Barnard declared that he thereby assigned, transferred, and made over to Appellant, to the amount of the said debt, and interest, the said judgment in his favour against Platt, in the said cause No. 493, in satisfaction whereof Boston so received the said sum of £391 5s, so mentioned in his declaration. Seeing, also, that by a certain notarial instrument, bearing date the 4th day of November, 1859, a copy whereof is fyled, Hunter and his colleague, Notaries Public, declare that, at the request and

(1) Une obligation, avec hypothèque spéciale, peut être consentie valablement par un débiteur, sans qu'elle soit acceptée par le créancier, ni par le notaire pour lui, et l'enregistrement de cette obligation équivaut à une acceptation par le créancier. (*Ryan et Halpin, C. B. R.*, Montréal, 1 juillet, 1856, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J., et CARON, J., 5 R. J. R. Q., p. 6, renversant le jugement de C. S., Montréal, 19 juin, 1855, DAY, J., SMITH, J., et VANFELSON, J., qui avaient jugé que l'hypothèque spéciale ne peut résulter que d'une convention entre le débiteur et le créancier acceptant.)

instance of Appellant, they repaired to the Montreal House, in the city of Montreal, and, there being and speaking to Platt, did signify and make known to him the said deed of Obligation and Transfer hereinbefore mentioned, and did, then and there, in due course of Law, serve a copy of the said obligation and transfer upon him, and also a copy of the said deed of signification. Seeing that, by the 27th section of the chapter 73 of the Consolidated Statutes of Lower Canada, it is declared that "Every notification, protest, and service "thereof, made by any notary at the request of a party who "has not accompanied such notary nor signed the deed, shall "be authentic, and be evidence in themselves of their con- "tents until called into question or disavowed by the person "in whose name such notification, protest, and service have "been made, or any other to whom it appertains." Considering that the said signification of the said deed of obligation and transfer at the instance of Appellant, was a valid and sufficient ratification by her of the said acceptance on her behalf of the said deed of obligation and transfer. Considering, therefore, that, under and by virtue of the said transfer so ratified, the said judgment, in the said cause No. 493, to the extent already mentioned, became legally vested in Appellant, on the said 4th day of November, 1859; and, therefore, so became vested in her, long before the attachment of the amount of the said judgment, under and by virtue of the *saisie-arrêt* in this cause issued on the 27th day of March, 1860. Considering, therefore, that, in the judgment rendered in this cause, by the Superior Court, in which it is, in effect, declared that the said transfer was not legally accepted by Appellant, there is error. The court doth, in consequence, reverse the judgment rendered by the Superior Court, in this cause, on the 26th day of December, 1860. And, proceeding to render the judgment which the Superior Court ought to have rendered in the premises, doth maintain the intervention filed by Appellants, and doth declare that the said judgment debt, in the said cause No. 493, to the extent of the sum of $1125, with interest as aforesaid, became, on the said 4th day of November, 1859, legally vested in Charlotte Mathilde Perrault, the Appellant. And, this court doth, in consequence, set aside and annul, to the extent of $1050.85, with interest from the 15th day of Nov. 1859, that being the balance now due on the debt of $1125, the *saisie-arrêt* in this cause issued, and doth, to that extent, and, in no greater extent, *grant mainlevée* of the said *saisie-arrêt* to John Boston and John Platt, and this court doth also declare that the sum of £39150, so declared by Boston to be in his hands, and which was so paid to him by Platt, belongs, to the extent of the

sum of $1050.85, with interest from the 15th day of Nov. 1859, to Charlotte Mathilde Perrault, the Appellant, and it is ordered that the record in this cause be remitted to the court below, in order that, after the representatives of Boston shall have been made parties in this cause, such further proceedings respecting the payment of the said sum of $1050.85, and interest as aforesaid, may be had, as to law and justice appertain. And this court doth condemn Respondent to pay Appellants their costs, in the court below, on the contestation by Respondent of the intervention of Appellants, and also the costs of them Appellants in this cause. (7 *J.*, p. 313 et 14 *D. T. B. C.*, p. 1.)

R. & G. LAFLAMME, pour les Appelants.

J. A. A. BELLE, pour l'Intimé.

APPEL.—PROCEDURE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 2 juin 1865.

Before: DUVAL, Chief-Justice, AYLWIN, MEREDITH and MONDELET, Justices.

MÉNÉCLIER dit MOROCHOND, Appellant, *and* GAUTHIER, Respondent.

Jugé : 1° Que la Cour d'Appel, sur motion, fixera un jour pour enquête sur une exception produite dans cette cour par l'Intimé.

2° Que, dans l'espèce, l'exception n'avait pas été produite tardivement.

This appeal was returnable on the 19th December, 1863, but was only returned into court on the 1st June, 1864. On the 25th April, 1864, Respondent filed a preliminary exception, setting up acquiescence by Appellant in the judgment appealed from, by his having served a copy of it upon the sequestre named in the case, demanding an account, and by having received and given receipt for rents arising from the property sequestered. A motion was made by Appellant to dismiss the exception as being filed too late, and also as being illegal and irregular. This motion was dismissed and Respondent then moved that he be allowed to proceed to enquête, which was granted. The parties gave admission and declared their *enquête* closed, and, on the hearing on the merits of the exception, it was dismissed, as not being sustained by proof. (15 *D. T. B. C.*, p. 474.)

LAFRENAYE and ARMSTRONG, for Appellant.

CARTIER, POMINVILLE and BETOURNAY, for Respondent.

PRESCRIPTION.—CONFUSION.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 6 décembre 1865.

Présents: AYLWIN, MEREDITH, MONDELET et LORANGER, Juges.

MÉNÉCLIER dit MOROCHOND, Appelant, *et* GAUTHIER, Intimé.

Jugé: 1o. Que la prescription ne court pas entre époux. (1)
2o. Que le legs en usufruit par un mari à sa femme n'éteint pas le recours qu'avait cette dernière contre son mari ou ses héritiers pour reprises matrimoniales, et qu'il n'y a pas confusion en ce cas.

Par sa déclaration, le Demandeur alléguait: Contrat de mariage entre François Méneclier dit Morochond et Marie Françoise Gauthier, reçu le 18 juillet 1822, Cadieux, N. P., dans lequel contrat, les parties avaient arrêté une communauté de biens, stipulation de propres, don mutuel et douaire de $3000 ancien cours, et inventaire des biens de la femme devant se faire sous 15 jours: insinuation de ce contrat le 30 novembre 1822; inventaire susdit fait le 29 juillet et le 19 août 1822, dont acte par Mtre. J. M. Cadieux, le 29 novembre 1822. La valeur des biens meubles portés en cet inventaire se montant à $2,493,77, les dettes actives à $1585, y compris $1228 en argent, apport de Marie Françoise Gauthier, de quelques immeubles estimés à $61, et le sixième indivis d'un immeuble situé en la cité de Montréal, comme légataire grevée de substitution pour un sixième de feu Louis Gauthier, son père. Vente par autorité de justice de cet immeuble au sieur Darius Bent, par acte reçu le 19 février 1823, Cadieux, N. P. Par acte de partage entre les légataires de feu Louis Gauthier, reçu le 14 février 1824, Cadieux, N. P., la part de Marie Françoise Gauthier étaut de £13463 6 d., ancien cours, lui fut déclarée payable par Darius Bent et Moses Knapp. Jugement rendu à Montréal, le 8 juin 1826, ordonnant séparation de biens entre François Méneclier dit Morochond et sa dite épouse. Rapport du praticien, le 22 janvier 1827, établissant les droits et reprises de Marie Françoise Gauthier à £27,739 1 s 9 d, ancien cours, sans intérêts; non compris les droits dans la succession de feu Louis Gauthier spécialement réservés; lequel rapport homologué le 19 février 1827. Que cette séparation n'a jamais été exécutée, et la communauté n'a été dissoute qu'au décès de Frs. Méneclier dit Morochond, arrivé le 22 décembre 1857, et à cette époque les biens qui composaient cette communauté étaient d'au moins $40,000. Que, pendant la communauté et depuis le rapport du praticien, Frs. Méneclier dit Morochond, par acte reçu le 15 mars 1827, Cadieux, N. P.,

(1) V. art. 2233 C. C.

a cédé à B. Ansell £115 19 2, dus avec plus forte somme à son épouse par Darius Bent et Moses Knapp, et ce pour par lui demeurer quitte de pareille somme qu'il lui devait ; que, le ou vers le 1er août, 1837, Frs. Ménéclier dit Morochond a reçu des Bent et Knapp la somme de £13,463 0 6d, ancien cours. Testament de François Ménéclier dit Morochond, le 4 novembre, 1856, J. E. O. Labadie, N. P., instituant son épouse sa légataire universelle en usufruit, sans être tenue de donner caution ni de faire inventaire aux charges portées au testament et instituant sa sœur, la Défenderesse, sa légataire universelle, et nommant son épouse son exécutrice testamentaire ; qu'après son décès, sa veuve, tant en vertu de son don mutuel qu'en vertu du testament, s'est mise en possession des biens de la succession de son mari et en a joui jusqu'à son décès, arrivé le 26 juillet, 1861. Testament de Marie Françoise Gauthier, Mathieu, N. P., le 29 décembre, 1858, nommant le Demandeur son légataire universel, pour par lui jouir, sa vie durant, des biens de la testatrice et la propriété d'iceux retourner à ses enfants après son décès, et lui conférant l'exécution de son testament. Codicile le 7 avril, 1860, Mathieu et J. H. Jobin, N. P., confirmant tel testament et enrégistré le 9 août, 1861. Inventaire, à la requête du Demandeur, des biens délaissés par la testatrice, le 29 juillet 1861, devant Matthieu, N.P., évalués à £4[illegible] 8 8. Acceptation par la Défenderesse du legs universel à elle fait par son frère, et prise de possession en cette qualité de sa succession : qu'en conséquence, la Défenderesse est tenue de payer les dettes de son frère, et nommément le montant des reprises matrimoniales de son épouse, consistant dans les sommes ci-dessous, savoir : 1° Valeur des meubles portés en l'inventaire des 29 juillet et 17 août 1822, $4,079.86. 2° Transport à B. Ansell, $460.00. 3° Prix d'un immeuble vendu par feu Ménéclier à Messire Poirier, en 1826, $66.67. 4° Obligation consentie par feu Ménéclier le 25 nov. 1837, à Guillaume Vallée et par ce dernier transportée à Mme. Ménéclier, le 15 mars 1839, Mtre. Labadie, N. P., $800.00. 5° Le douaire, $500.00. 6° Retiré par M. Ménéclier, comme susdit, £13,463 0 6d. 2243.83. Total $8150.35. De plus, la Défenderesse est tenue de procéder au partage de la communauté. Le Demandeur étant toujours prêt à rendre compte et représenter tous les meubles faisant partie des biens de la communauté et en la possession de Mme Ménéclier lors de son décès. Conclusions pour le paiement des susdites sommes et intérêts, et demande pour reddition de compte et partage de la communauté, et licitation, si le cas y échoit. La Défenderesse plaida diverses exceptions. Par la première, elle prétendit : que la sentence en séparation de biens avait été dûment exécutée, en autant que Marie Françoise Gauthier avait renoncé à la communauté

et qu'acte lui en avait été donnée en cour, le 3 octobre, 1826, et en autant que, par tel jugement en séparation de biens, elle avait été autorisée de jouir à part et divis des biens à elle appartenant, et en autant aussi que, par le rapport du praticien dûment homologué, Marie Françoise Gauthier a été dûment mise en possession de ses reprises et droits matrimoniaux, et que, par suite de telle séparation de biens prononcée par la dite sentence même, par la dite renonciation et par l'homologation du rapport, constatant ses reprises et droits matrimoniaux, Marie Françoise Gauthier a toujours joui à part et divis de ses biens, et les a souvent exercés, comme séparée de biens, par divers procédés judiciaires reconnus et admis par les tribunaux du pays, et au vu et au su de tout le monde, pendant plus de trente ans passés et écoulés avant l'institution de cette action et même avant son décès. Que plus de trente ans se sont écoulés depuis l'échéance des créances alléguées et mentionnées en la déclaration. Que les réclamations faites par le Demandeur sont prescrites et éteintes par le laps de plus de trente ans passés et écoulés depuis leur échéance respective. Que, lors du décès de Marie Françoise Gauthier, il y avait plus de trente ans que les prétendues sommes de deniers réclamées en cette cause par le Demandeur étaient échues, (si jamais elles fussent dues, ce que néanmoins la Défenderesse n'admet pas, mais, au contraire, nie formellement,) et partant Marie Françoise Gauthier, lors de son décès, n'avait plus aucun recours en loi pour le recouvrement d'icelles prétendues créances. Par sa seconde exception, la Défenderesse prétendit que Frs. Ménéclier dit Morochond, par son testament, reçu le 4 novembre, 1856, Labadie, N. P., institua son épouse sa légataire universelle en usufruit, sans être tenue de donner *caution* ni de faire aucun inventaire, mais aux charges suivantes : 1o. De jouir des dits biens en bon père de famille. 2o. *De payer et acquitter les dettes du testateur*, frais funéraires, et rétributions de messes. 3o. Enfin de payer à la Défenderesse une rente annuelle et viagère y mentionnée, et institua cette dernière sa légataire universelle. Que Marie Françoise Gauthier a accepté le legs en usufruit fait en sa faveur par le dit testament, s'est mise en possession en vertu du testament de tous les biens délaissés par le testateur à son décès, a fait don au Demandeur d'une grande partie des meubles délaissés par le testateur, et a dissipé le reste, n'a payé, ni acquitté aucune des dettes du testateur, excepté la rente annuelle et viagère léguée en faveur de la Défenderesse, quoique le revenu annuel des propriétés délaissées par le testateur fût de plus de trois cents livres courant. Que Marie-Françoise Gauthier, ayant accepté le legs en usufruit fait en sa faveur dans le testament de son époux, et s'étant mise en possession de tous les biens

qu'il avait délaissés, et en ayant joui sa vie durant, n'a pu le faire qu'à la charge spéciale contenue au testament, savoir : " de payer et acquitter les dettes du testateur, frais funéraires et rétributions de messes." Que, partant, Marie-Françoise Gauthier est devenue, par l'acceptation du legs en usufruit, débitrice de la succession de François Ménéclier dit Morochond, et, en conséquence, tenue et obligée de payer et acquitter toutes les dettes qui pourraient être dues par icelle succession, et, partant, en supposant que la légataire en usufruit eût pu exercer aucune créance contre la succession de son époux, elle s'est, par l'acceptation du legs en usufruit, trouvée débitrice, et créancière tout à la fois et, partant, aucune créance qu'elle aurait pu prétendre avoir contre icelle succession, s'est trouvée dès lors éteinte par la confusion opérée en sa personne. Que, partant, Marie-Françoise Gauthier n'a pu transmettre au Demandeur aucune créance contre la succession de son mari, attendu que, lors de son décès, il y avait eu confusion en sa personne, comme susdit ; des créances qu'elle aurait pu prétendre exercer avant son décès contre la succession du testateur, dont elle est devenue la débitrice par l'acceptation qu'elle a fait, du legs universel en usufruit, à la charge par elle de payer et acquitter les dettes du testateur. Qu'il est dû, par la succession du testateur, diverses créances par lui contractées pour bâtir quelques unes de ses propriétés qui n'ont pas été payées ni acquittées. Que Marie-Françoise Gauthier a dissipé les revenus des dites propriétés et a permis au Demandeur, qui était son agent et procureur, de les employer à son profit personnel. Par sa troisième exception, la défenderesse prétendit que le Demandeur, n'étant que légataire en usufruit de Marie-Françoise Gauthier, en vertu de son testament en date du 29 décembre 1858, et tenu de fournir sa caution juratoire et de faire faire bon et loyal inventaire des biens délaissés par cette dernière, est non recevable à réclamer les créances par lui demandées en cette cause, et, nommément, à demander à procéder à un partage de la manière par lui énoncée et requise. Que l'inventaire de tous les meubles, créances et immeubles de Marie-Françoise Gauthier, n'ayant été fait, d'après les allégués du Demandeur, que le 29 juillet et le 17 août, 1852, après la célébration du mariage de Marie-Françoise Gauthier avec Frs. Ménéclier dit Morochond, qui avait eu lieu le 25 juillet 1822, est irrégulier, informe et illégal en autant que les époux ne pourraient plus, après leur mariage, et durant icelui, faire ou consentir un pareil acte, et déroger aux droits acquis lors de la célébration de leur mariage, et, partant, tel inventaire est nul et illégal, n'a pu former partie du contrat de mariage qui a pu intervenir entr'eux avant leur mariage. Que, par tel contrat de mariage, Marie-Françoise Gauthier était tenue au-

paravant que d'accepter le don mutuel y énoncé, de fournir sa caution juratoire et de faire bon et loyal inventaire,ce qu'elle n'a jamais fait. Que le montant de trois mille livres, ancien cours, pour le douaire créé en faveur de Marie-Françoise Gauthier, et que le Demandeur réclame, n'est jamais devenu dû et échu en faveur de Marie-Françoise Gauthier, qui n'en est jamais devenue créancière, et que, d'ailleurs, le fût-elle devenue (ce que la Défenderesse nie formellement, elle en est en même temps devenue débitrice, par et en vertu du testament de son mari, reçu le 4 novembre 1856. Que François Ménéclier dit Morochond n'a jamais retiré ni collecté aucune somme de deniers qui fût propre à Marie-Françoise Gauthier, et ne s'en est jamais attribué aucune, en autant surtout que c'est Marie-Françoise Gauthier qui a toujours géré et administré ses biens, comme séparée de biens avec lui, et qui, en cette qualité, a comparu aux divers actes et contrats qui ont pu être passés dans le temps, et qui ont été confirmés et ratifiés par elle, en sa qualité de femme séparée de biens de son époux. Par sa quatrième exception, la défenderesse prétendit: Que, durant son usufruit des propriétés susdites en vertu du dit testament, Marie-Françoise Gauthier avait pour agent et procureur le Demandeur, qui a fait et consenti les baux des propriétés susdites, quelquefois en son nom personnel, et, néanmoins, dans l'intérêt de la légataire en usufruit étant fondée d'une procuration reçue le vingt-sept janvier 1859, par devant Mathieu et son confrère, notaires. Que Marie-Françoise Gauthier a été bien et dûment séparée de biens du testateur, son époux, et ce durant trente ans avant décès de Marie-Françoise Gauthier, et laquelle qualité le Demandeur a souvent reconnue et admise par divers actes et contrats notariés, authentiques et autres. Que Marie-Françoise Gauthier n'a jamais accepté le don mutuel énoncé en son contrat de mariage avec François Ménéclier dit Morochond, en autant qu'elle ne pouvait le faire qu'à sa caution juratoire et en faisant bon et loyal inventaire, ce qu'elle n'a jamais fait, et, partant, n'a jamais appréhendé les biens délaissés par son époux autrement qu'en sa qualité de légataire universelle en usufruit en vertu du testament. Que le revenu annuel des propriétés ainsi délaissées par le testateur, était et a toujours été de plus de trois cents livres courant, et dont le Demandeur, en sa qualité de procureur de Marie-Françoise Gauthier, a disposé à son profit personnel, et a toujours [illegible]rti à son usage, sans jamais lui en rendre compte, en [illegible] que Marie-Françoise Gauthier n'a jamais payé les dettes [illegible] hypothécairement sur les dites propriétés, et qui s'élèvent [illegible]montant de près £500, et ce à la connaissance personnelle du Demandeur, qui a ainsi mal administré les dites propriétés durant l'usufruit de Marie - Françoise Gauthier,

qui a toujours agi comme séparée de biens de François Ménéclier dit Morochond et qui de son vivant n'aurait accepté l'usufruit de telles propriétés, si elle eût prétendu devoir exercer aucune créance contre la succession de son époux. Que, partant la Défenderesse est bien fondée à opposer la mauvaise foi du Demandeur; ainsi que son incapacité à procéder au partage par lui demandé, et à vouloir changer dans son propre intérêt et de mauvaise foi, l'état civil des deux époux maintenant décédés, et qui a existé durant plus de trente ans entr'eux sans aucune réclamation de leur part et qui a été sanctionnée de bonne foi par les tribunaux du pays durant trente ans passés et écoulés avant leur décès. Le Demandeur répondit spécialement à la première exception: Que Madame Ménéclier avait, en maintes occasions, même après le jugement en séparation, agi comme étant encore commune en biens. Que, d'ailleurs, la renonciation de Marie Françoise Gauthier n'a jamais été insinuée au greffe, tel que requis par la loi, et qu'elle est en conséquence nulle. Que Marie Françoise Gauthier ayant été sous puissance de mari et commune en biens jusqu'au décès de François Ménéclier dit Morochond, arrivé le vingt-deux décembre 1857, n'a pu exercer ses reprises et ses créances contre François Ménéclier dit Morochond, et que la prescription a été suspendue pendant leur mariage à l'égard de toutes les réclamations qu'elle pouvait avoir contre François Ménéclier dit Morochond. Que la prescription a encore été suspendue depuis le décès de François Ménéclier dit Morochond, par le fait que Marie Françoise Gauthier a eu l'usufruit de ses biens en vertu du don mutuel contenu en son contrat de mariage. Que la Défenderesse ne peut en conséquence invoquer la prescription comme elle le fait. Le Demandeur répondit spécialement à la seconde exception: Qu'en supposant que Marie Françoise Gauthier aurait accepté le legs en usufruit fait par le testament de François Ménéclier dit Morochond, elle n'aurait pas été par là tenue de payer et acquitter les dettes de la succession de François Ménéclier dit Morochond, sur et à même ses propres biens, mais seulement de payer les dettes sur et à même les biens de la succession de Ménéclier dit Morochond, et qu'il ne se serait opéré aucune confusion, et qu'en conséquence les créances que Marie Françoise Gauthier avait contre la succession de son mari n'auraient pas été éteintes, mais seulement suspendues pendant la durée du dit usufruit. Et le Demandeur nie qu'il soit dû aucune somme de deniers par la succession de François Ménéclier dit Morochond, autre que celles qui sont dues au Demandeur comme représentant Marie Françoise Gauthier. Le Demandeur répondit à la troisième exception: Qu'il n'est pas tenu de fournir caution pour jouir des biens à lui légués par Marie Françoise Gauthier, mais qu'en

supposant qu'il le serait, la Défenderesse, n'ayant aucun intérêt dans la succession, n'est pas en droit d'invoquer ce défaut de cautionnement à l'encontre de la présente action ; d'ailleurs, le Demandeur allègue que, par les termes du testament de Marie Françoise Gauthier, le Demandeur avait la jouissance des biens à lui donnés par le testament à sa caution juratoire, et qu'il s'est conformé à cette exigence de la testatrice et prêté serment et remplit les formalités requises en pareil cas, et en faisant bon et loyal inventaire. Que les créances du Demandeur, mentionnées en la déclaration, et notamment celle de trois mille francs, ancien cours, pour le douaire créé en faveur de Marie Françoise Gauthier n'ont jamais été éteintes par confusion ; que le Demandeur est encore fondé à réclamer la somme de deux mille quatre cent quatre-vingt-treize francs ancien cours, et mille cinq cent vingt-deux francs, même cours, à raison de la stipulation contenue dans le contrat de mariage de François Ménéclier dit Morochond et de Marie Françoise Gauthier, que cette dernière reprendrait ce qu'elle aurait apporté au mariage, et que l'inventaire qui a été fait des meubles apportés à son mariage par Marie Françoise Gauthier est bon et valable, cet inventaire ayant été fait immédiatement après le mariage en vertu d'une réserve et clause spéciale du contrat de mariage. Qu'il est faux que Marie Françoise Gauthier ait, du vivant de François Ménéclier dit Morochond, géré et administré ses biens et affaires, lesquelles ont toujours été gérées et administrées par François Ménéclier dit Morochond comme chef de la communauté qui existait entr'eux.

L'Honorable A. A. DORION, conseil pour le Demandeur, en Cour Inférieure : *1re Question. Le jugement en séparation de biens a-t-il été exécuté, et, s'il ne l'a pas été légalement, le Demandeur représentant Marie Frse Gauthier peut-il invoquer ce défaut d'exécution pour demander le partage des biens de la communauté, tels qu'ils existaient à la mort de M. Ménéclier ?* Tout jugement en séparation de biens, pour être valable, doit être exécuté. Le défaut d'exécution peut être invoqué par les tiers et par les parties elles-mêmes. *Coutume de Paris*, art. 227 : *Le Prêtre*, 1re centurie, ch. 77 ; Ferrière, G. C., t. 3, p. 366-7. nos. 9 et 11 : *Actes de notoriété du Châtelet*, du 26 août 1702 : Duplessis, *De la Communauté*, t. 1, p. 432-3-4. Cet auteur dit expressément que la sentence non exécutée est nulle, tant à l'égard des créanciers que des conjoints eux-mêmes. 1. Bourjon, t. 1, p. 605, partie 5me de la communauté, ch. 3, sec. 1, No. 4. 2. Pothier, *Communauté*, Nos. 518. Il faut que le mari ait restitué à sa femme sa dot ou du moins, qu'elle ait fait des poursuites pour se la faire rendre et qu'elle ne les ait pas abandonnées. 3. Pothier, *Coutume d'Orléans*, sur l'ar. 198, note 5, p. 343 : 4 Pothier, *Puissance du mari*, t. 3, p. 462, no 18 : Le Brun, *de la*

communauté, liv. 3, ch. 1, p. 323, semble être d'opinion que la femme n'est pas fondée, après la mort du mari, à alléguer les nullités de la séparation qu'elle a elle-même obtenue, mais les deux arrêts qu'il cite, ont été rendus sur des circonstances spéciales et ne justifient pas la conclusion qu'en tire Le Brun. Il s'agissait de prétendues irrégularités dans les poursuites pour obtenir une séparation qui avait été exécutée pendant un grand nombre d'années, et non d'un défaut d'exécution, qui rend la séparation d'aucune utilité. Merlin, *Séparation de biens*, sec. 2, s. 3, art. 6 ; Arrêtés de Lemoignon, tit. 32, art, 85 ; Cubain, *Droits des femmes*, p. 297, Nos. 500-1-2-3 et 4. L'art. 1441 du Code Civil oblige la femme à poursuivre l'exécution du jugement de séparation dans les 15 jours et à les continuer sans interruption. Troplong, *Contrat de mariage*, t. 2, page 634, No 1357 ; p. 637, No 1360 ; p. 641, No 1364 ; p. 647, No 133 ; p. 648-9, No 1375. L'ancienne législation ne fixait aucun délai pour exécuter la séparation, néanmoins cette exécution devait être poursuivie dans un délai raisonnable, à peine de nullité. Dalloz, Rec. alp., t. 10, p. 236, No 2 ; Dalloz, Rec. Périodique, 1814, 2, 726, Arrêt du 9 août 1814 ; Dalloz, Rec. Pér., 1833, 1, 136, Arrêt du 28 février 1833 ; Rec. Pér., 1829, 1, 339. De toutes ces autorités, il résulte que le jugement en séparation doit être exécuté dans un délai raisonnable et que ce qui caractérise l'exécution, c'est le remboursement effectif des reprises ou la preuve légale au moyen de poursuite judiciaire et de procès-verbal de carence, que le mari n'a pas de biens pour satisfaire les créances de sa femme. Il résulte aussi que la femme peut se prévaloir du défaut d'exécution et demander le partage de la communauté, comme s'il n'y avait jamais eu de jugement en séparation. (1) Dans l'espèce actuelle, il y a eu jugement en séparation et rapport du praticien homologué, mais il n'y a pas eu de remboursement de la dot et des reprises, ni d'exécution des biens du mari, quoiqu'il y ait preuve qu'il soit mort avec des biens considérables, acquis avec les capitaux et les revenus des biens de sa femme, puisqu'il est prouvé qu'elle avait des biens d'une grande valeur et qu'il n'avait pour vivre que le salaire d'un commis. *2me Question. Soit que le Demandeur ait droit de demander le partage de la communauté ou non, a-t-il, dans tous les cas droit au douaire et au remboursement des créances de Mme Ménéclier contre son mari, et d'abord ces créances sont-elles prescrites?* 1 Pothier, puissance du mari, Nos 79 et 80. 2 Pothier, obligations, Nos 680-1. LeBrun, communauté, p. 345, liv. 3, c. 2, s. 1, dist. 1, No 28 : "*un mari ne peut jamais prescrire contre sa femme.* Le même, p. 505 et 506. Pothier,

(1) V. art. 1312 C. C.

introduction à la Coutume d'Orléans, p. 417, No 39 ; Code Civil, art. 2253 : " elle ne court pas entre époux." Troplong, des prescriptions, t. 2, p. 271 ; No 742, p. 667, addition. Proudhon, t. 4, p. 92, No 1909. Non seulement le mari ne peut prescrire, mais il est même responsable des prescriptions acquises contre sa femme pendant le mariage. Troplong, mariage, t. 4, p. 690,-1, No 3585, et suivants. *3me Question. Il n'y a pas eu de confusion.* Pothier, des obligations, Nos 642 et 648. Ricard, des donations, t. 2, p. 483. Quoiqu'il y ait confusion d'action pendant la jouissance de l'héritier (c. à. d. du grévé de substitution), néanmoins, après la restitution, les actions actives qu'il y avait contre la succession revivent, à moins que le testateur ne lui ait imposé la condition de remettre son dû et les actions passives que le défunt avait contre lui, reprenant aussi leur force en faveur du fidei-commissaire. Plus haut, l'auteur avait dit : ce qui est laissé par le défunt à son héritier, n'est pas présumé le dessein de compenser." Troplong, *Contrat de mariage*, t. 4, No 3619. La charge de payer les dettes et frais funéraires ne regarde que l'exécution du testament et n'impose à la légataire en usufruit et exécutrice que l'obligation de les payer à même les biens de la succession. Tous les exécuteurs testamentaires sont chargés de payer les dettes et legs mais cela ne s'entend pas qu'ils doivent le faire de leurs propres deniers. Bourjon, t. 2, p. 327, ch. 4, *des testaments*, sec. 2, art. 9 et suiv. Pothier, *des donations*, t. 4, p. 292, Nos 221, 222, 223, 224 et 231, explication de l'art. 286, de la Coutume de Paris. La Coutume dit : "*payer et avancer.*" Le donataire mutuel, n'ayant que la jouissance de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, il ne doit être tenu qu'à faire l'avance des dettes et charges," etc. Pothier, t. 4, p. 324, interprétation de l'art. 68 de la Cout. de Dunois, qui contient ces termes : " Et payer les dettes, legs et funérailles du premier décédé," etc., p. 339, No 38 : " Lorsque les conjoints ne se " sont pas fait don mutuel en propriété de leurs meubles et " conquêts, comme la coutume le leur permet, mais se sont " fait ce don mutuel seulement en usufruit, les *héritiers* du " *donataire mutuel*, lors de la restitution qu'ils doivent faire " aux héritiers du prédécédé des biens dont le donataire mu- " tuel a joui, doivent retenir sur les dits biens tout ce que le " donataire mutuel a payé pour dettes, legs et funérailles du " prédécédé, car ce sont charges des dits biens, qui les dimi- " nuent de plein droit." 4o *La Défenderesse n'a aucun intérêt dans les biens légués au Demandeur et ne peut invoquer le défaut d'inventaire et de cautionnement ; il n'y a que les substitués ou légataires en propriété qui pourraient s'en plaindre. D'ailleurs l'inventaire a été fait et le cautionnement donné.* Proudhon, t. 2, p. 218, No 793 ; T. 2, p. 302, No 815. Enfin l'in-

ventaire du 29 juillet et du 22 août, 1822, annexé au contrat de mariage, et le partage de la succession Louis Gauthier, suffisent pour constater l'apport de Frse. Gauthier. Pothier, t. 3, p. 622, No 298, No 300. Le mari est tenu de toutes les créances portées en l'inventaire auquel il a été partie. Proudhon, t. 2, p. 274, No 789. D'après ce que dessus, le Demandeur doit obtenir jugement, ordonnant le partage des biens de la communauté, tels qu'ils existaient lors du décès de M. Ménéclier. 1o Parce que le jugement de séparation n'a jamais été exécuté. 2o Parce que le mari a continué à gérer toutes les affaires de sa femme et qu'il s'est enrichi avec le revenu de ses biens, et même avec ses capitaux. 3o Le Demandeur doit dans tous les cas obtenir jugement. 1o. Pour le douaire stipulé sans retour. Pothier, t. 4, p. 293, No. 224; Bourjon, t. 1, p. 722, du douaire, tit. 13, sect. 4. Valeur des meubles mentionnés en l'inventaire du 29 juillet et 22 août 1822: Pothier, *communauté*, Nos. 298 et 300; Lebrun, *Communauté*, p. 247, nos, 47 et 48. Troplong, contrat de mariage, Nos. 1966, 3628, 3633. Montant du transport à Benjamin Ansell, Montant de l'obligation consentie à Guil. Vallée et transportée à Mme Ménéclier, M. Frse. Gautier. Prix de vente de messire Poirier. Pothier, communauté, No. 300; Lebrun, communauté, p. 247, Nos. 47 et 48. Lebrun, communauté, p. 474; Troplong, contrat de mariage, t. 4, Nos. 3588, 3589, 3590, p. 694 et suivants; Cubain, traité des droits des femmes, p. 180, No. 312. Le Demandeur doit de plus obtenir les intérêts sur ces reprises et créances, à compter de la mort de Mme Ménéclier, si la communauté n'a pas été dissoute par le jugement de séparation, et à compter du jugement de séparation, s'il a eu l'effet de dissoudre la communauté. Le Demandeur doit aussi avoir les intérêts du douaire, à compter du décès de Mme Ménéclier. La raison pour laquelle les intérêts ne sont dus que de la mort de Mme Ménéclier, c'est que Mme Ménéclier ayant eu l'usufruit des biens de M. Ménéclier, il y a eu confusion d'intérêts pendant cette jouissance. Guyot, Rép., vo. intérêts, p. 459 et 460; Pothier, communauté, No. 521, Lamoignon, arrêtés, tit. 32, art. 72; Le Brun, p. 422, No. 23; Ferrière, Parfait Notaire, t. 1, p. 139, c. 14; Massé, t. 1, p. 275; Troplong, contrat de mariage, No. 3672; Rousseau de Lacombe, les intérêts, p. 383, no. 11; intérêts du douaire dûs du jour qu'il est échu, même dans les coutumes où il faut le demander.

P. R. LAFRENAYE, pour la Défenderesse: 1o. *Comment se prouve l'exécution de la sentence en séparation de biens?* Actes de notoriété, page 325, 20 juillet, 1807: "Il est vrai "que l'exécution de la sentence se fait et se prouve commu-"nément par une vente de meubles; mais elle se peut faire:

" 1o. par un partage de la communauté; 2o. par la restitution " de la dot; 3o. par des saisies réelles; 4o. et des *oppositions* " aux *décrets*. 5o. et *généralement* par les actes *sans fraude*, " qui conduisent à l'exécution de la sentence." Et vide note *b*. Ainsi la vente du 3 avril 1827, faite et constatée par Dumouchelle, N. P., et alléguée dans les moyens d'opposition de Dame Morochond, filée le 1er octobre, 1862, et la vente faite le 19 septembre 1827, filée le 6 septembre, 1862, étant des actes faits *sans fraude, ont eu* l'effet de *conduire à l'exécution* de la sentence. Cette *opposition, réclamant des meubles* par dame Ménéclier, est assermentée par elle se portant *séparée de biens*, et est un des cas ci dessus cités pour opérer l'exécution de la séparation, et dont elle s'est servie au soutien de son opposition. Pour l'exécution, il suffit de la *renonciation* ou bien d'un partage ou vente et cession *volontaire* par le mari à la femme, et la vente du 19 septembre, 1827, en était une. Renusson, Com., Nos. 61 et 62, p. 197. Le Brun, *de la Com.*, p. 321 et suivantes. 1er vol. L C. Jurist. Sénécal, Appelante, Labelle, Intimé, et les autorités y citées. (1) Lorsque Bourjon a écrit sur l'exécution de la séparation, tom. 1er, p. 605, partie 5, de la communauté, chap. 3, sect. 1ère. No. 4, il oubliait ou ne connaissait pas les principes du Chatelet de Paris, qui sont consignés dans l'acte de notoriété de ce même Chatelet dont parle Renusson, en date du 26 juillet 1807. Cette renonciation doit se faire au *greffe*. Ancien Denizart, vo. *Renonciation à la Comm.*, No. 14, p. 226; Loisel, Inst. Cout., liv. 1, titre 2, no. 13. Cette renonciation de la part de Madame Ménéclier a toujours été considérée suffisante par les cours de justice, puisque, dans la cause contre Darius Bent, le 20 février, 1832, la cour lui a donné jugement, et *sa qualité de femme séparée de biens* a été reconnue et sanctionnée par tous les tribunaux du pays, chaque fois qu'elle a exposé ses droits, et la procédure sur sa séparation de biens a été jugée suffisante. Vide sa poursuite, jusqu'au décret contre Darius Bent. Ce décret équivaut à un acte sans fraude, étant un acte judiciaire et solennel et en vertu duquel Darius Bent a été exproprié et ses créanciers ont été colloqués pour leur dû. La poursuite et le jugement contre Duclos, 13 mars 1854. 2o. *La femme, ayant une fois obtenu sa sentence de séparation de biens, a trente ans pour l'exécuter.* Bender, App., Jacobs, Intimée. Jugement de la Cour d'Appel, rendu le 10 mars, 1846. SIR JAMES STUART. (dissentiens.) MM. Justices

(1) La renonciation par la femme à la communauté, et la saisie et vente d'une partie des meubles du mari faite en vertu d'un bref d'exécution pour les frais de la poursuite en séparation constituent une exécution suffisante du jugement en séparation de biens. (*Sénécal* et *Labelle et al.*, C. S., Montréal, 30 décembre 1854, DAY, J., SMITH, J., et MONDELET, J., renversant le jugement de C. C., Montreal, McCord, J., 1 *J.*, p. 273)

BOWEN, PANET, BÉDARD, GAIRDNER. "Considering likewise that "Angelique Jacobs, the Respondent, having in pursuance of the "said judgment and for the purpose of carrying into execution, "duly *renounced* to the community which existed between her "and her husband, the Appellant, the same could not be le-"gally re-established, but by an *authentic act* or agreement "by and between the said parties.... and that the right of "Respondent, to cause the said judgment of *séparation de* "*biens* to be duly executed, could only be *barred* by a lapse "of *thirty years*, etc. (1) Ainsi la prescription de *trente* ans "existe donc, *entre époux*, suivant la jurisprudence du Bas-"Canada, car cette *jurisprudence* avait été déclarée telle par deux jugements rendus par la Cour de première instance, composée des juges ROLLAND, GALE et DAY. Or, dans la cause actuelle, le Demandeur, comme représentant Mme Ménéclier, pourrait, tout au plus, mettre le jugement à exécution, s'il n'y avait pas trente ans écoulés depuis qu'il a été rendu. De plus, par ce jugement, l'on voit que la *renonciation seule* est considérée comme ayant l'effet de mettre la séparation de biens à exécution, puisqu'il y est dit: "in pursuance of the said judg-"ment for the purpose of carrying it into execution, *duly*

(1) Le 13 février 1830, Angélique Jacobs obtint un jugement en séparation de biens contre François X. Bender, son mari. Ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel provinciale en juillet, 1831, et le mari appela au Conseil Privé le 27 avril, 1833, alors que l'appel au Conseil Privé était pendant, les parties firent une transaction par laquelle le mari paya à sa femme une certaine somme et s'obligea à lui payer une rente viagère par quartiers et promit discontinuer son appel au Conseil Privé. Il fut convenu, dans cet acte d'accord, qu'il demeurerait en possession de tous les biens de la communauté et en jouirait ainsi qu'il aviserait, et que, dans le cas où il négligerait de payer la rente, il serait loisible à son épouse de se désister de ses engagements actuels, et de prendre possession des biens qui lui sont propres et de procéder à l'exécution du jugement en séparation de biens. Conformément à cet acte, le mari discontinua son appel au Conseil Privé. En 1844 le mari cessa de payer la rente et, le 8 avril 1844, la femme demanda par motion la nomination d'un praticien pour établir ses droits en vertu du jugement en séparation. Le 30 Mai 1844, la Cour décida que l'acte d'accord du 27 avril, 1833, n'avait eu d'autre effet que de servir à l'exécution du jugement en séparation de biens; que la femme avait le droit de continuer sa poursuite sur ce jugement, et elle nomma un praticien, et ordonna qu'il fût procédé, avec renonciation de la femme à la communauté de biens dûment faite et insinuée, à constater les droits et reprises matrimoniales de la femme, à moins que le mari n'acquitte, sous 15 jours, ce qui était dû à la Demanderesse de la rente stipulée à l'acte du 27 avril 1833. Le 10 mars 1846, la Cour d'Appel, STUART, J. en C., (dissident) BOWEN, J., PANET, J., BÉDARD, J., et GAIRDNER, J., a confirmé le jugement de la Cour du Banc de la Reine du 13 février 1830, et a décidé que l'acte d'accord du 27 avril, 1833, n'avait pas eu d'autre effet que de suspendre l'exécution du jugement en séparation de biens, et ne l'avait pas annulé; que la femme ayant renoncé à la communauté, cette communauté ne pouvait être rétablie que par un acte authentique à cet effet entre les parties pardevant-notaire, et homologué par la Cour qui avait prononcé la séparation de biens, et rendu public par son enregistrement au greffe du tribunal où le jugement avait été prononcé, et que le droit d'exécuter ce jugement en séparation de biens ne pouvait être prescrit que par trente ans, et ne pouvait être affecté par le dit acte d'accord. (1 *Revue de Législation*, p. 321.)

" renounced to the community.... the same could not be legally re-established." Ainsi, dans cette cause-là, il a été jugé que la communauté avait été dissoute par la renonciation et ne pouvait plus être rétablie que par un acte authentique, quoique l'épouse eût des reprises à exercer. Lorsque le jugement porte " que la Demanderesse sera et demeurera séparée quand aux " biens d'avec le dit Défendeur, son mari, du jour de sa " demande pour par elle jouir à part et divis de ceux à elle " appartenant," et que la renonciation a été faite et acte en a été donné, la *renonciation seule* est une exécution valable de la sentence. *Reconnaissances de Madame Ménéclier dit Morochond comme étant séparée de biens, entr'autres les suivantes:* Elle assermente son opposition à fin de distraire, 20 mai 1828; Cession par Gladu, 2 janvier, 1829; Bail à loyer par Mme Ménéclier, 25 octobre 1829; Bail à ferme par Mme Ménéclier à Jos. Godard, 27 septembre, 1830; Transport par le Dr Vallée à Mme Ménéclier, allégué par le Demandeur, 15 mars, 1839, même en sa déclaration qui en réclame le montant; Acceptation du transport sur Benj. Ansell, 19 mars 1827; Bon de Charbonneau, 28 oct. 1827. Il faut un acte par écrit, exprès, précis et formel, pour rétablir la communauté. Le jugement en appel de *Bender* vs. *Jacobs* le démontre. De plus, vide Brodeau, sur Louët, Lettre S, No 9, p. 954: " que le tacite consentement de la demeure " et habitation, par quelque temps que ce soit, des contrats " passés par la femme seule, ou avec son mari, sans prendre " qualité de *séparée*, des baux à ferme du revenu de son bien, " faits par le mari, des quittances par lui baillées en son nom, " du mélange des biens, et autres pareilles circonstances re- " marquées en la loi, *itaque* 64 *pro socio, ne sont pas suffisan-* " *tes* pour rompre et annuler la séparation, réintégrer et réta- " blir la société dissolue, s'il n'y a acte par écrit, exprès, " précis et formel." Voir aussi le No 8, arrêt de 1621, excluant les enfants de la communauté, etc. 4o *Le défaut d'exécuter résultant de quelques nullités ne peut pas être allégué par la femme ni par la femme ni par ses héritiers.* Louët, lettre S, No 5, éd. de 1668, page 952: " En outre, il est nécessaire que la séparation soit effectuée et exécutée par la renonciation à la communauté, ou par un *inventaire* et *partage* des biens d'icelle, fait *sans fraude.*" " Mais néanmoins, je n'estime- " rais pas que ce défaut d'exécution peut être allégué et *proposé* " *par forme de nullité*, que de la part des créanciers, et *non de* " *la femme ou ses héritiers pour prétendre part en la commu-* " *nauté, au préjudice de la séparation, ordonnee en connais-* " *sance de cause.*" Or, dans la cause actuelle, *l'héritier* de Dame Ménéclier propose des moyens de nullité bien *futiles*, puisque Dame Ménéclier a renoncé à la communauté et qu'*acte* lui en a été donné par le jugement rendu le 3 octobre, 1826, et qu'elle-

même a fait exécuter sa sentence par divers actes *sans fraude*, par des oppositions et des poursuites conduisant à l'exécution de la sentence sans fraude, et des procédures solennelles, oppositions, decrets, jugements de distribution, transport de deniers, acceptés par elle et nommément celui du Dr Vallée, que le Demandeur a lui-même invoqué. Dans tout ce sommaire, Louët ne parle que de la *renonciation* ou de *l'inventaire et partage* des biens de la communauté, comme étant les deux seuls procédés suffisants pour effectuer l'exécution de la séparation. LeBrun, liv. 3, chap. 3, p. 323, cite Henrys, et est d'opinion que la femme est non recevable à en alléguer la nullité, même dans le cas où cela avait été obtenu sans connaissance de cause, irrégulièrement, dans le cas où les conjoints l'auraient eux-mêmes considéré exécuté de bonne foi pendant un si grand nombre d'années. Il cite deux arrêts rendus sur des circonstances spéciales et analogues aux circonstances spéciales qui se trouvent dans la cause actuelle, et qui doit recevoir la même décision contenue dans ces deux arrêts. Ce n'est pas Duplessis qui dit que la sentence non exécutée est nulle, tant à l'égard des créanciers que des conjoints, mais simplement son annotateur, qui n'en donne aucune raison valable, tandis que Louët, Brodeau, LeBrun et Henrys affirment le contraire, et que leur doctrine est appuyée sur deux arrêts cités par LeBrun, et qui ont été rendus dans des cas spéciaux, comme cela doit toujours arriver, et comme ça se présente dans la cause actuelle. Or le Demandeur lui-même reconnaît cette qualité de séparée de biens dans la déclaration, (quant au transport fait par le Dr. Vallée, en 1839,) et par sa déclaration volontaire dans l'intérêt de ses enfants comme de lui-même dans l'inventaire du 29 juillet 1861, où il ne reconnaît aucune créance due à madame Ménéclier. Or, d'après LeBrun, *Communauté*, page 323, la femme, après la mort de son mari, n'est pas fondée à alléguer de telles nullités, a fortiori, son héritier, après avoir fait de tels aveux. 5° De la confusion opérée en la personne de Dame Ménéclier par sa qualité de légataire en usufruit de son mari, à la *charge expresse* de PAYER SES DETTES Dans la cause actuelle, le droit d'accepter ce legs ne vient pas à *lege*, mais de la convention des parties ou plutôt de la volonté de l'homme ; en sorte que les règles du droit coutumier sur les obligations du donataire mutuel, ne sauraient s'étendre à un cas résultant de la volonté de l'homme qui a appuyé à sa libéralité telle condition qu'il a voulu, et cette doctrine est établie formellement par les auteurs du nouveau Denisart, vo. *contribution aux dettes*, page 499, § 3, No. 8 : " nous observerons que l'ord. de 1441, art. 27, et la " *Coutume de Paris*, art. 286, n'ayant rapport qu'à des espèces " particulières d'usufruit, ne peuvent pas former une règle

" générale." Si cette condition de *payer les dettes* n'eût pas été exprimée dans et par le testament, la légataire en usufruit n'ayant payé des dettes du testateur qu'au moyen d'une action indirecte contre elle *personalis in rem*, ou plutôt *ob rem*, aurait eu son *recours en garantie* contre la légataire universelle, tandis que, par l'effet de cette condition de payer *les dettes*, elle ne peut pas exercer aucun RECOURS EN GARANTIE contre l'héritier du testateur ou sa légataire universelle. De plus, le testateur fait bien voir qu'il entend que le paiement de ses dettes est une charge spéciale du legs en usufruit qu'il fait à son épouse, puisqu'il ajoute " afin de payer à sa sœur une rente viagère de £25." Maintenant si l'on considère que ces dettes ne doivent être que les créances dues sur la construction de quelques unes de ses maisons, l'on s'aperçoit que cette charge n'était pas exorbitante, et il ne devait rien à son épouse, car le Demandeur lui-même l'a reconnu en l'inventaire du 29 juillet 1861. Lorsqu'il n'existe aucune *disposition spéciale* dans le testament, la contribution aux dettes par le légataire en usufruit se fait ainsi qu'il est indiqué au nouv. Den., vo. *Contribution aux dettes* § 3, No 8 ; Demolombe, vol. 10, p. 451 et suivantes. Comme le testateur Ménéclier nommait son épouse son exécutrice testamentaire, il lui était inutile de l'obliger de payer ses dettes, s'il n'eût réellement pas voulu en faire une charge spéciale du legs en usufruit, et d'un autre côté, si madame Ménéclier eût cru que ses dettes étaient *ultrà vires* du legs qu'il lui faisait, elle aurait pu très-bien répudier le legs et accepter plutôt le don mutuel. *Recueil de Jurisp.*, de Lacombe, vo. *Usufruitier*, page 818, section 2, et de plus elle était tenue de faire inventaire, ainsi qu'il y est stipulé au contrat de mariage. Par la procuration donnée par elle à M. Badeaux, le 11 janvier 1858, et l'obligation en date du 16 février 1858, Mme Ménéclier ne s'est portée que comme légataire en usufruit ; et elle n'a jamais pris la qualité de donataire mutuelle. Si elle a accepté le don mutuel, elle doit faire confusion en sa personne du *douaire* réclamé pour sa part des dettes. *Vide* Pothier, *Traité du douaire*, No. 193, 4e alinéa, partie 1ère, ch. 4, art. 3. Arrêt du 11 août 1710, 5e vol. du Jour. des audiences, au supplément. 6° *Reconnaissance du Demandeur héritier de Mme Ménéclier.* Le 29 juillet, 1861, Inventaire, à la requête du Demandeur, des biens délaissés par Mme Ménéclier. " *Dettes actives.*" " Le dit sieur Gauthier déclare qu'il ne connaît aucunes dettes qui peuvent être dues à la dite feue dame sa tante." " Quant aux immeubles, il n'en " a été fait aucune mention aux présentes suivant la demande " du dit Gauthier, attendu qu'ils sont connus aux intéressés à " les connaître." Dans cet inventaire, le Demandeur s'intitule " légataire universel," et il fait ces déclarations de son plein

gré et comme légataire en usufruit de Mme Ménéclier et conformément aux *ordres* contenus dans son testament, et cela pour assurer les droits de propriété de ses enfants légataires universels. Le Demandeur a reconnu la séparation de biens et son exécution, puisque sa demande, savoir : $800, est basée sur un transport fait par Vallée à Mme Ménéclier dit Morochond, en sa qualité de séparée de biens, et il demande le recouvrement de cette créance que Mme Ménéclier ne pouvait obtenir que comme séparée de biens avec son mari. 7° *Le Demandeur, n'étant que légataire universel en usufruit de Mme Ménéclier, par son testament, reçu le 29 décembre 1858, ne peut pas porter une action en partage et licitation.* Poncet, *Traité des actions*, Nos. 78, 79, 80, 81. Curasson, *Actions possessoires*, page 13, No. 36. Proudhon, *De l'Usufruit*, vol. 3, page 235, No. 1259, etc., surtout le No. 1261, où il est même question si l'usufruitier peut porter l'action possessoire. Il n'est qu'usufruitier par les termes du testament, puisqu'il est tenu de donner caution juratoire par ce testament, comme tout usufruitier. Les actes concertant l'affaire Frappier, *Forêt* de 1814, 1816 et 1834, font voir simplement que cette créance a été convertie en une rente payable autant à Mme Ménéclier qu'à son mari. L'acte de vente à Reneau, du 12 août 1827, prouve que ce terrain appartenait réellement à son mari. Dans l'acte de vente de Labelle, en date du 12 août 1827, rien ne fait voir que ce terrain appartenait à Mme Ménéclier, et d'ailleurs le prix de vente est payable à eux deux. Il en est de même de la vente à Granger en date du 12 avril 1834. Le jugement de la Cour Supérieure était motivé comme suit : " Considérant que le Demandeur, a prouvé par une preuve légale et suffisante les allégués essentiels de sa déclaration, excepté en autant qu'il prétend que la communauté entre feu Ménéclier et son épouse, en vertu du contrat de mariage en date du 18 juillet, 1822, n'a jamais été dissoute, et que la dite communauté existe encore ; considérant particulièrement qu'il appert, par le contrat de mariage entre feu Ménéclier et son épouse, en date du 18 juillet, 1822, qu'il fut stipulé qu'il y aurait une communauté entre les conjoints ; Qu'il y avait stipulation de propre des biens de la future à être constatés par un inventaire sous quinze jours du dit 18 juillet, 1822, qu'il était en outre convenu par le dit contrat de mariage qu'il y aurait un douaire préfix de 3000 fs., ancien cours, en faveur de la future, et reprise, en cas de dissolution de communauté, et que, de plus, les parties à cet acte se sont fait don mutuel en faveur du survivant : considérant que, par sentence de la ci-devant Cour du Banc du Roi, pour le district de Montréal, en date du 8 juin, 1826, une séparation de biens d'entre feu Ménéclier et son épouse a été prononcée : vu que, le 15 juin,

1826, dame Ménéclier a produit devant le même tribunal sa renonciation à la communauté qui avait auparavant existé d'entr'elle et son mari, et que, par jugement de la même cour, en date du 3 octobre, 1826, acte lui a été accordé de la production de sa renonciation et de la nomination d'un praticien pour établir ses reprises et droits matrimoniaux, et vu que, le 19 de février, 1827, le même tribunal, le rapport du praticien nommé pour constater les reprises et droits matrimoniaux de la dame Ménéclier a été homologué et feu Ménéclier condamné à payer à son épouse, la somme de 24,739 frs. 19, ancien cours, pour ses droits et reprises matrimoniaux tels que constatés et établis par le dit rapport: considérant que, par les sentences interlocutoires et définitives, la communauté qui avait jusqu'alors existé entre feu Ménéclier et son épouse a été dissoute, et que le jugement prononçant la séparation de biens a éte subséquemment exécutée et a eu son effet légal; considérant que, dans l'espèce actuelle, la prescription ne courait pas contre Marie Françoise Gauthier, pour ses droits et reprises matrimoniaux, pendant l'existence de son mariage avec feu Ménéclier son mari, et pendant qu'elle était sous puissance de mari, et vu que, de fait, il n'y a jamais eu de prescription acquise contre dame Ménéclier pour ses dits droits et reprises matrimoniaux, tels que constatés par le jugement du 19 février, 1827, et qu'il appert par les défenses mêmes de la Défenderesse que les reprises n'ont jamais été payées, et considérant de plus que les droits et reprises n'ont jamais été compensées ou éteintes. Considérant que, quoique, par son testament solennel en date du 4 novembre, 1856, feu Ménéclier a constitué sa dite épouse sa légataire universelle en usufruit de tous ses biens, aux charges et conditions, *inter alia*, de payer et acquitter ses dettes, néanmoins, dans l'espèce actuelle il n'y a pas eu confusion en la personne de dame Ménéclier, quant aux dettes dues par son époux à dame Ménéclier, son épouse. Considérant que dame Ménéclier, par, son testament solennel en date du 29 décembre 1858, a constitué le Demandeur son légataire universel en usufruit de tous ses biens, et, vu que le Demandeur, comme tel légataire universel en usufruit, a le droit de réclamer les dettes dues par feu Ménéclier au temps de sa mort à son époux et le douaire établi par le contrat de mariage susdit: Et considérant que la Défenderesse n'a pas établi, par aucune preuve légale et suffisante, les allégués essentiels de ses défenses, excepté qu'en autant qu'elle a prouvé que la communauté entre feu Ménéclier et son épouse a été dissoute au temps et de la manière par elle alléguée: déboute les dites défenses, et condamne la Défenderesse à payer au Demandeur la somme de six mille huit cent soixante-sept piastres, un centin, courant, savoir: 1° La somme de quatre

mille cent vingt-trois piastres et dix-huit centins, courant, montant des reprises matrimoniales, telles que constatées par le jugement du dix-neuf février, mil huit cent vingt-sept: 2e La somme de deux mille deux cent quarante trois piastres et quatrevingt-trois centins, courant, pour le montant dont Marie Françoise Gauthier a hérité de Louis Gauthier, son père, tel que constaté par l'acte de partage en date du quatorze février, mil huit cent vingt-quatre, de la succes ion du dit Louis Gauthier, et enfin la somme de cinq cents piastres, courant, pour le montant du douaire préfix de Marie Françoise Gauthier, établi en sa faveur par son contrat de mariage en date du dix-huit juillet, mil huit cent vingt-deux, avec intérêt sur la dite somme de six mille huit cent soixante-sept piastres et un centin, à compter du vingt-sixième jour de juillet, mil huit cent soixante-et-un, date de la mort de Marie Françoise Gauthier, jusqu'à l'actuel paiement, et aux dépens."

L'Appelante prétendit: 1o. Que la séparation de biens entre M. F. Gauthier et Frs. Ménéclier, avait été accomplie et exécutée par la renonciation à la communauté plus de 30 ans avant la demande en cette cause, et que les créances de la femme étaient ainsi prescrites. 2o. Qu'il s'était opéré confusion par l'acceptation de M. F. Gauthier du legs à elle fait par son mari. 3o. Qu'en acceptant le don mutuel, elle faisait confusion du douaire par elle réclamé. (1) 4o. Que l'Intimé avait déclaré dans l'inventaire du 29 juillet, 1861, qu'il ne connaissait aucune dette due à madame Ménéclier.

BETOURNAY, pour l'Intimé: 1o. La créance du Demandeur n'est pas prescrite, tous les auteurs sont d'accord à dire que la prescription ne court pas entre époux. 2 Cette créance de l'Intimé n'a pas pu être éteinte par la confusion. Madame Ménéclier n'a jamais en aucun temps réuni, en sa personne les qualités de créancière et de débitrice de la créance réclamée par le présent Intimé: on se rappelle que madame Ménéclier, par son contrat de mariage du 18 juillet, 1822, avait, en cas de survie, la jouissance de tous les biens que délaisserait son époux à sa mort; elle a donc joui de ces biens en vertu du don mutuel stipulé à son contrat de mariage; mais en assumant qu'il y aurait suffisamment au dossier pour établir qu'elle ava't perdu l'avantage de se prévaloir de cette stipulation de don mutuel entrée à son contrat de mariage, et que ce n'est qu'en sa qualité de légataire en usufruit de François Ménéclier dit Morochond qu'elle a joui des biens délaissés par ce dernier, cette qualité ne peut pas avoir éteint sa créance par la confusion; elle n'a pu, tout au plus, que lui faire perdre l'intérêt de cette créance.

(1) Pothier, *Douaire*, No. 193, 4e alinéa: Arrêt du 11 août, 1710, 5 Jour. Aud.

et c'est ce qu'a adjugé le tribunal de première instance en ne faisant courir les intérêts sur cette créance qu'à compter de la mort de madame Ménéclier. (1) Quoiqu'il y ait confusion d'action pendant la jouissance de l'hériti r (c'est-à-dire du grevé de substitution) néanmoins, après la restitution, les actions actives qu'il avait contre la succession revivent, à moins que le testateur ne lui ait imposé la condition de remettre son dû, et les actions passives que le défunt avait contre lui reprennent aussi leurs forces en faveur du fidéi-commissaire. Plus haut, l'auteur avait dit : "ce qui est laissé par le défunt à son héritier n'est pas présumé dans le dessein de compenser." La restitution doit s'opérer en entier, lors même que le mari aurait fait un legs à sa femme. La dot n'est pas compensée par le legs. (2) La charge de payer les dettes et frais funéraires ne regarde que l'exécution du testament, et n'impose à la légataire en us[illegible] et exécutrice que l'obligation de les payer à même les [illegible] la succession. Tous les exécuteurs testamentaires sont chargés de payer les dettes et legs, mais cela ne s'entend pas qu'ils doivent le faire de leurs propres deniers. (3) La coutum[illegible] dit p[illegible]er et avancer. Le donataire mutuel, n'ayant que la jouissance de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, il ne doit être tenu qu'à faire l'avance des dettes et charges, etc. (4) " Lorsque les con-" joints ne se sont pas fait don mutuel en propriété de leurs " biens meubles et conquets, comme la coutume le leur per-" met, mais se sont fait ce don mutuel seulement en usufruit, " les héritiers du donataire mutuel, lors de la restitution qu'ils " doivent faire aux héritiers du prédécédé des biens dont le " donataire a joui, doivent retenir sur les dits biens tout ce " que le donataire mutuel a payé pour dettes, legs et funé-" railles du prédécédé, car ce sont charges des dits biens, qui " les diminuent de plein droit." Le jugement dont est appel est bon et doit être confirmé par ce tribunal. Rien ne peut empêcher l'Intimé d'être payé et remboursé du montant qui lui a été accordé par la Cour de première instance, savoir, de la somme de $6,867.00 courant, composée des sommes suivantes, savoir : 1° Montant du douaire stipulé sans retour, $500.00. (5)

(1) Pothier, *Obligations*, Nos. 642, 648 ; Ricard, *des donations*, vol. 2, p. 483.

(2) Troplong, *Contrat de Mariage*, vol. 4, No. 3619.

(3) Bourjon, vol. 2, p. 327, chap. 4, *Des Testaments*, sec. 2, art. 9 et suiv ; Pothier, *Des Donations*, vol. 4, p. 292, Nos. 221, 222, 223, 224 et 231. Explication de l'art 286 de la *Coutume de Paris*.

(4) Pothier, vol. 4, p. 324. Interprétation de l'article 68 de la *Coutume de Dunois* qui contient ces termes ; " Et payer les dettes, legs et funérailles du premier décédé, etc."

(5) 4 Pothier, p. 293, No. 224 ; Bourjon, vol. 1, p. 722 du *Douaire*, titre 13, sec. 4 et suiv.

2° Somme de $4,123.18, valeur des meubles et argent sonnant mentionné en l'inventaire annexé au contrat de mariage des époux Ménéclier. (1) 3° Le montant de la succession de feu Louis Gauthier, père de madame Ménéclier, $2,243.83. (2) L'intimé avait droit aux intérêts qui lui sont accordés par la Cour Inférieure. (3) Pothier, *Communauté*, 521. Il alloue à la femme l'intérêt de sa dot du jour de la demande en séparation, mais dans le cas actuel, la femme ayant joui des biens de son mari, l'Intimé admet qu'il peut y avoir eu confusion d'intérêts, et c'est pour cela que ces intérêts ne doivent courir que du jour de la mort de madame Ménéclier. (4)

LORANGER, J. (who sat in this case as judge *ad hoc* instead of Mr. Justice Drummond) rendered the judgment of the Court of Appeals, unanimously confirming the judgment appealed from, the grounds of which were briefly as follows : By the contract of marriage between Ménéclier and his wife, dated 18th July, 1822, it was stipulated that there should be community between them. There was *stipulation de propre des biens de la future* to be established by inventory within fifteen days from the date of the marriage contract. It was, moreover, agreed by the marriage contract that there should be a *douaire préfix* of $500. By judgment of King's Bench, 8th June, 1826, a separation of property between Ménéclier and his wife was pronounced, madame Ménéclier renounced to the community 15th June, 1826, and, on the 19th february, 1826, the report of the *praticien* establishing the reprises matrimoniales at $4,023 was homologated. For this sum, it was held that prescription did not run against madame Ménéclier during the existence of the marriage, and while she was under marital authority. The plea of thirty years prescription against the wife's reprises was therefore dismissed. It was also held that, though by his will, dated 4th Nov., 1856, Ménéclier constituted his wife his universal usufructuary legatee, with the condition that she was to discharge his debts, nevertheless, in this instance, there had been non confusion in her person of these debts due her by her husband. By will dated 28th Dec., 1858, madame Ménéclier appointed the Plaintiff her universal usufructuary legatee, and the latter

(1) Pothier, *Communauté*, Nos. 298 et 300 ; Lebrun, p. 247, Nos. 47 et 48 ; Troplong, *Contrat de Mariage*, Nos. 1966, 3628 et 3633.

(2) Pothier, *Communauté*, No. 300 ; Lebrun, p. 247, Nos. 47 et 48 ; Lebrun, p. 477 ; 4 Troplong, *Contrat de Mariage*, Nos. 3588, 3589, 3590 ; Cubain, *Traité des droits des femmes*, p. 180, No. 312.

(3) Guyot, Rép., vbo. *Intérêt*, pp. 459, 460.

(4) Lebrun, p. 422, No. 23 ; 1 Ferrière, *Parfait Notaire*, p. 139 ; Rousseau de Lacombe, *Intérêts*, p. 383, No. 11.

had a right to claim the debts due by Ménéclier to his wife at the time he died, and her dower as established by marriage contract. Judgment confirmed unanimously. (7 *J.*, p. 320; 16 *D. T. B. C.*, p. 181; 1 *L. C. L. J.*, p. 82.)

LAFRENAYE et ARMSTRONG, pour l'Appelante.

CARTER, POMINVILLE et BETOURNAY, pour l'Intimée.

NOVATION.

CIRCUIT COURT, Montreal, 31st October, 1862.

Coram SMITH, J.

MCGARVEY *vs.* AUGER.

Held: That the taking of a note made by B., for goods sold and delivered to A., does not operate a novation so as to discharge A., for the price of the goods without an express agreement to make a novation. (1)

SMITH, J.: The Plaintiff was a cabinet maker, doing a large business in Montreal. Two gentlemen entered his store at the same time, and one of them, the Defendant, purchased about $80 worth of furniture, and tendered his note in payment. To make the note more easy of negotiation, as the other, Mr. Badeaux, stated that he also wanted furniture; it was agreed that he should purchase $20 worth, and give his note for the whole. This he did, and gave a note for $100, declaring that it would be discounted at the People's Bank. As it was past banking hours, it was agreed that delivery of the goods should be suspended until the following day. In the evening, however, Mr. Auger, the Defendant, came to Mr. McGarvey, and strongly represented his desire to obtain the furniture that evening. Delivery was then given, and, in the morning, it was discovered that Mr. Badeaux's note was absolutely worthless. Mr. McGarvey thereupon sued Auger for the value of the goods. Defendant pleads the goods were his, and Badeaux was the debtor of Plaintiff who took the note of Badeaux, and thereby made a novation of his claim. Plaintiff replied that the note was not intended to institute a novation, and was simply taken as collateral security, and this seemed borne out by the evidence of his clerk. His honour referred to the case of *Jones* and

(1) V. art. 1171 C. C.

Lemesurier in appeal, (1) in which a note was taken in payment of rent, novation pleaded, and the plea dismissed, and added that novation must be expressed, and was not to be presumed. Judgment was for Plaintiff, for amount of goods actually delivered to Defendant, less the amount collected by him from the securities. (7 *J.*, p. 338.)

M. DOHERTY, for Plaintiff.

DOUTRE and DAOUST, for Defendant.

BILL OF EXCHANGE.—PAYMENT.

CIRCUIT COURT, Montreal, 31 October, 1863.

Coram BERTHELOT, J.

COPCUTT et al. *vs.* MCMASTER.

Held: That a draft drawn in New York and accepted in Montreal payable generally, the consideration for which was certain goods purchased in New-York is payable in current Canada funds.

The action was brought to recover $134.11, amount of draft drawn by Plaintiffs resident in New York, and accepted by Defendant resident in Montreal, payable generally to the order of Plaintiffs. The plea to the action was that the consideration for which the draft was drawn was certain goods purchased by Defendant from Plaintiffs at New York; that the prices charged in the invoice for said goods were United States currency; that, on the maturity of the draft, Defendant offered to pay the amount thereof in United States currency or in Canadian currency, less thirty-five per cent discount, the rate of exchange existing between Montreal and New York when said draft matured. The Defendant tendered into Court, with his plea, the sum of $87.10, in Canadian currency, the equivalent of the amount of draft sued for in United States currency, at the current rate of exchange, at the date of the maturity of said draft, and the further sum of $18.82, to cover any charges for interest and costs for which Defendant might be liable.

PER CURIAM: It was proved, by a *Commission Rogatoire*, that the prices charged were United States currency. (2)

(1) Le locataire d'un quai a, pour le paiement de son loyer, privilège sur les effets et marchandises mis sur ce quai, et l'acceptation par lui d'un billet promissoire, fait par le locataire, pour le montant du loyer, n'opère pas novation de sa créance et ne l'empêche pas de poursuivre, pour le loyer, sur le bail avec saisie-gagerie. (*Jones* vs. *Lemesurier* et al., C.B.R., *Québec*, 20 janvier 1840. 2 R. J. R. Q., p. 244.)

(2) Authors referred to by the Court: Pardessus, vol. 2, p. 118, sec. 3, and p. 331: Story, on Bills of Exchange, p. 59, sec. 44; Pothier, Contrat de change, No. 35, 47 48 and 49.

"Considérant que le Défendeur est mal fondé, et que la traite en date du 16 sept. 1862, à New York, sur le Défendeur, un résident à Montréal, était payable en ce dernier lieu où le Défendeur avait alors et a encore son domicile, en l'absence d'aucune réserve au contraire, quant au lieu du paiement et au cours de la monnaie, vu que les Demandeurs ont touché la somme de 106 dollars déposée par le Défendeur, et qu'il ne reste dû sur la dite traite que la somme de $28.11, a condamné et condamne le Défendeur à payer aux Demandeurs la somme de $28.11, du cours actuel de la province du Canada, balance restant due sur la traite tirée par les Demandeurs sur le Défendeur et acceptée par ce dernier, avec intérêt sur la somme de $134.11, du 19 mars, 1863, jour de l'échéance de la traite jusqu'au 28 de mai, 1863, et, enfin, sur la somme de $28.11, à compter du 19 de mars, 1863, jusqu'au paiement, et aux dépens de l'action et de la contestation." (7 *J.*, p. 340.)

JOHN DUNLOP, for Plaintiff.

STRACHAN BETHUNE, for Defendant.

TIERS-SAISI.—TAXE.

CIRCUIT COURT, Québec, 24 mars 1863.

Before TASCHEREAU, Justice.

BRUNELLE, Plaintiff, *vs.* SAMSON, Defendant.

Jugé : 1° Que le montant accordé sous forme de taxe à un tiers-saisi peut être recouvré par action.

2° Qu'un tiers-saisi ou un témoin n'a pas le droit de procéder pour le recouvrement de sa taxe avant d'en avoir préalablement fait la demande. (1)

The Plaintiff brought suit against Defendant, for the sum of $2.00, which he claimed as the amount of his taxation as guarnishee in the case of *Samson* vs. *Lemieux*. The Defendant answered, first, *en droit :* That Plaintiff could not maintain his action, because, by law, he should have taken an execution for the amount of his taxation against the party who summoned him, the said taxation being by law held to be equivalent to a judgment of the court in his favor ; and because he could not, as he had done in the present action, claim judgment for an amount for which he already had the judgment of the court ; and secondly, on the merits : That Plaintiff could not succeed or recover the amount of his taxation, because he had not appeared on the day on which he had been summoned to appear and answer as garnishee ; and because

(1) V. art. 281 et 620 C. P. C.

he had not demanded the amount of his taxation from Defendant, before taking the present proceedings.

DECHÈNE, for Defendant, cited the Con. Stat. L. C., cap. 83, sec. 153, and urged that it should apply to this case, as witnesses and garnishees ought, in this particular, to be looked upon in the same light, and entitled to the same privileges. That, in any case, the action must be dismissed, as no demand had been made upon Defendant for the amount of the taxation previous to the institution of the action and that the action could not be regarded as a demand, because the certificate of taxation was only procured at the *enquête*, and after the completion of the pleadings, and the incurring of all the expenses.

GIBSONE, for Plaintiff, argued that the Con. Stat. L. C., cap. 83, sec. 153, which provided for the recovery of a witness taxation, had no application to the present case; that, as to the plea set up, "that Defendant had never been asked for "the amount, and had therefore a right to have the action "dismissed," it could not be maintained, inasmuch as the action itself was a sufficient demand, and, by pleading both *au fond et en droit*, Defendant showed his unwillingness to pay, and was, therefore, liable for the costs as well as for the principal.

TASCHEREAU, Justice: The *défense au fond en droit* must be dismissed, the statute cited not being applicable to this case, I will therefore maintain the action, but costs must be awarded to Defendant, as he could have no sufficient knowledge of Plaintiff's taxation until after the certificate of the clerk of the court was produced. This was only produced at the *enquête*, and, therefore, the costs previous to its production must go against Plaintiff. JUDGMENT: Against the Defendant for $2.00. and the costs of the *défense au fond en droit*. The costs of the action previous to the filing of the certificate of taxation awarded to Defendant against Plaintiff. (14 *D. T. B. C.*, p. 12.)

CAMPBELL and GIBSONE, for Plaintiff.

DECHÈNE, for Defendant.

SAISIE-ARRET AVANT JUGEMENT.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 25 novembre, 1863.

Présent : STUART, Juge.

JOBIN *vs.* SYMMONS.

Jugé : Que, dans un affidavit pour saisie-arrêt avant jugement, le déposant doit jurer qu'il est informé d'une manière croyable, a toute raison de croire et croit vraiment en sa conscience, que le Défendeur est sur le point de laisser, &c.; et que la formule du statut doit être strictement suivie, sous peine de nullité. (1)

La question soumise s'élevait sur la motion du Défendeur pour faire mettre de côté le writ de saisie-arrêt, et toutes les procédures faites en vertu d'icelui. Le Demandeur, après avoir juré que le Défendeur lui était endetté etc., alléguait dans son affidavit : " Et le déposant dit qu'il croit que le dit Symmons est sur le point de laisser la Province du Canada, dans l'intention de frauder le déposant, et que, sans un bref de saisie-arrêt, pour saisir-arrêter les biens, dettes et effets du dit Symmons, et en sa possession, le déposant perdra sa créance et souffrira des dommages." Un bref de saisie-arrêt ayant émané sur cet affidavit, le Défendeur fit motion pour le faire mettre de côté : " Parce qu'il n'est aucunement dit ni allégué dans l'affidavit " que le déposant était, lors de la confection d'icelui affidavit, " informé d'une manière croyable, et avait toute raison de " croire, et croyait vraiment dans sa conscience, que Symmons " était immédiatement sur le point de laisser incontinent le Bas-" Canada. Parce qu'il n'est aucunement dit dans le dit affidavit " que Symmons fût alors sur le point de recéler, ou recélait ses " biens et effets, dans l'intention de frauder le déposant ; et que " le Déposant ne dit pas non plus qu'il était informé que " Symmons était sur le point de recéler, &c."

BOSSÉ, pour le Défendeur : La sect. 57 du Cap. 83 des Stat. Ref. du Bas-Canada, ordonne impérieusement que la forme qui y est indiquée sera suivie, sous peine de nullité, et le seul moyen d'obtenir un bref de saisie-arrêt est de se conformer au

(1) Un affidavit pour saisie-arrêt avant jugement, déclarant que " sans le bénéfice d'un bref de saisie-arrêt pour saisir-arrêter les biens, dettes et effets du défendeur, le déposant souffrira des dommages " et ne contenant pas les mots " perdra sa dette," est suffisant. (*Godin* vs *McConnell*, C. C., Québec, 24 octobre, 1863, Taschereau, J., 11 *R. J. R. Q.*, p. 464.)

Un affidavit pour saisie-arrêt avant jugement, déclarant " que le déposant a toute raison de croire et croit que les défendeurs sont sur le point de recéler leurs biens, dettes et effets, dans l'intention de frauder le déposant, et que, sans un bref de saisie-arrêt, le dit déposant croit qu'il perdra sa dette et souffrira des dommages," est insuffisant, vu que les raisons de la croyance du demandeur ne sont pas données. (*Boudrot* vs. *Lock et al.*, C. C., Québec, 25 novembre, 1863, Taschereau, J., 11 *R. J. R. Q.*, p. 466.)

statut. D'ailleurs, le statut, en disant qu'un bref de saisie-arrêt pourra émaner lorsqu'il apparaîtra au Juge ou Protonotaire qu'il y a cause probable suivant les exigences de la loi, et en donnant, en même temps, les raisons mentionnées en la forme de l'affidavit B, indique par là-même, quelles étaient les raisons sur lesquelles le Juge ou Protonotaire devait croire qu'il y avait cause probable, etc. Toute variante qui change d'une manière notable le sens de l'affidavit doit être fatale.

CARON, pour le Demandeur, répondit que la forme de l'affidavit n'était d'aucune importance, pourvu qu'il fût clairement énoncé, dans l'affidavit, et démontré à la satisfaction du Juge ou du Protonotaire, que le Défendeur était endetté envers le Demandeur, et, qu'étant ainsi endetté, il était sur le point, ou de laisser cette Province, ou de recéler ses biens, dettes et effets dans l'intention de frauder ses créanciers, et que sans le bénéfice d'un writ de saisie-arrêt le Demandeur perdrait sa dette, etc. Il se fondait sur la section du statut cité par le Défendeur, et il ne voyait pas pourquoi cette partie de la loi devait être suivie aussi strictement que le voulait le Défendeur.

STUART, Justice: Upon the present motion to quash the *saisie-arrêt*, there are two principal reasons or grounds which would dispose me to grant it, and to set aside the writ; the first is that the deponent does not swear that he is credibly informed of the facts he has sworn to, he simply swears that he believes them; and the second ground is that, although the statute requires proof that the Defendant is about to leave Lower Canada; it is only alledged in the affidavit that the Defendant is about to leave Canada; on either of these grounds I would be disposed to quash the writ, for in any proceeding so severe upon the Defendant as is the *saisie-arrêt* before judgment, the very word and letter of the law ought to be strictly followed out. Upon consultation with Judge TASCHEREAU, we are both clearly of opinion that the first ground given above is sufficient to cause the writ to be set aside. To entitle a party to a *saisie-arrêt* before judgment, the statute requires proof that the Defendant is immediately about to depart from Lower Canada, or to secrete his effects, and this with intent to defraud; where is the proof in this case before the Court of these necessary facts, the deponent has sworn that he believed so, or thought so, but what reasons had he for forming these opinions, none appear in the affidavit, and he may have thought or believed as he has sworn, without having had any reasons at all.

JUGEMENT: La motion est accordée et le bref de *saisie-arrêt* est mis de côté. (14 *D. T. B. C.*, p. 14.)

CARON, pour le Demandeur.

BOSSÉ et COOK, pour le Défendeur.

OBLIGATION D'UNE FEMME AVEC SON MARI.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 novembre 1863.

Before BERTHELOT, Justice.

BYRNES *vs.* TRUDEAU et ux.

Un mari et une femme, communs en biens, entreprirent, par obligation notariée, de payer au Demandeur une somme d'argent reconnue leur avoir été prêtée; il n'était rien dit quant à la solidarité entr'eux, et, pour assurer la dette, une hypothèque fut créée sur certain immeuble, propre de la femme.

Jugé: Dans une action contre le mari et la femme, que la femme, ayant subséquemment obtenu une séparation de biens d'avec son mari, et dûment exécuté le jugement, elle était libérée de l'obligation, et l'immeuble déchargé de l'hypothèque, et ce en raison de tel jugement, et de la clause de l'ordonnance des enregistrements, 4 Vic., cap. 30, sec. 36.(1)

The action was brought against Trudeau and his wife, upon a notarial obligation of 27th September, 1854; by this obligation, Defendants acknowledged themselves indebted to Plaintiff in the sum of " 1000 livres, ancien cours de cette province, " pour prêt de pareille somme, que les débiteurs connaissant " avoir eu et reçu de la créancière, et dont ils sont contents et " satisfaits. Les débiteurs promettent et s'obligent de bailler " et payer cette somme de mille livres, à la créancière, à son " ordre, ou à ses légitimes représentants, dans un an de cette " date, avec intérêt, &c." for securing the payment of this sum, they specially mortgaged lands described in the obligation. Conclusions for a condemnation for £53.17.6, with interest, and " that the said lands be declared under mortgage in favor " of Plaintiff for payment of said sum and interest, till perfect " payment." The wife pleaded separately to the effect that, at the date of the obligation, she was *commune en biens* with her husband; that, on the 20 November, 1862, she obtained a judgment *en séparation de biens*, since duly executed; that she had renounced to the *communauté*, and could no longer be held responsible, and that she was entitled to ask the nullity of the *hypothèque* claimed, alleging also that the lands hypothecated were her *propres*. The Plaintiff answered that the exception was untrue and insufficient in law; that the debt sued for was contracted, not by the husband alone, but by the wife for herself: that both consented that the lands described should be mortgaged for securing to Plaintiff full payment; that nothing pleaded could free the female Defendant, or could free the lands from the mortgage; and that the judgment of separation was *res inter alios acta* and could not prejudice the rights of Plaintiff. At *enquête* admissions were

(1) V. art. 1301 et 1381 C. C.

made as to the identity of the lands described in the obligation and judgment, and that they belonged to the female Defendant previous to her marriage, and also that the judgment of separation was rendered and executed, and that Plaintiff had not filed any opposition upon the proceeds of the moveables of the husband, sold under that judgment.

McKay, for Plaintiff, argued, that the case was not one of an obligation, by a wife *séparée*, becoming surety for her husband, but an obligation by a woman *commune en biens*, in common with her husband, as had always been allowed in Lower-Canada; that the obligation was most favorable for Plaintiff, the husband and wife not obliging themselves *solidairement*, but each for a half: that had a third person joined as debtor in such obligation, the debt would have been divisible into three parts, and would have been treated as the obligation of the wife for one third, of the husband for a third, and of such third person for the last portion; (1) that the wife having contracted as *commune*, became and still was bound as under the old law such a woman was: that, though the community between her and her husband was dissolved, the wife could not free herself from the debts at the contracting of which she had herself spoken; (2) that the wife could have sold her *propres*, and she might mortgage them for her own obligation: that, in the present case, there was *affectation hypothécaire* made for securing the total debt: that a wife, though obliging herself personally only for a portion of a debt, could pledge, or affect hypothecarily, a *propre* of hers for the total of it, (3) in the present case, the wife had done this, and the hypothec claimed was to be declared *tenant*, as prayed: that there was nothing in the registry law against Plaintiff's pretensions.

Betournay, for Defendants, argued that the wife could not be held liable except as *commune*: that it was admitted that she had renounced the community, and that, in consequence, she was not, by the provisions of the 4 Vic., ch. 30, sec. 36, liable: that, by that statute, a wife could not contract, but as *commune*, nor be held or bound except so long as she continued to be *commune en biens*.

Berthelot, Justice, held that, under the clause in the registry ordinance referred to, the old law had been changed, and that, by reason of the separation duly executed, the wife must be relieved from responsibility under the obligation, and the action dismissed, so far as she was concerned.

(1) Renusson, Communauté, p. 158, No. 26.

(2) Poth., Comm., No. 573.

(3) 19 Duranton, No. 368.

JUGEMENT : Considérant que l'obligation du 27 de septembre, 1854, est une dette de la communauté qui a existé entre les Défendeurs, au paiement de laquelle la Défenderesse ne paraît pas avoir été tenue en son nom seul, et que, par la loi du pays, la Défenderesse, Louise Fontaine dite Bienvenue, ne pouvait, en ce cas, s'obliger que comme commune en biens avec son mari pour la dette de ce dernier, ou pour une dette de la communauté, sous peine de nullité de toute telle obligation, ainsi par elle contractée pour ou avec son mari, soit directement ou même comme sa caution ; vu que, depuis la passation de la dite obligation, Louise Fontaine dite Bienvenue a obtenu sentence de séparation de biens d'avec son mari, laquelle a été suivie de sa renonciation à la communauté, le 22 novembre, 1862, dûment insinuée ; et que, finalement, par jugement du 31 décembre, 1862, homologatif du rapport du praticien nommé pour constater ses reprises et droits matrimoniaux, elle a fait reprise, comme à elle propres, des immeubles qui paraissent avoir été hypothéqués par l'obligation du 27 de septembre, 1854, et désignés comme suit au jugement homologatif du dit rapport, savoir : etc. Considérant, qu'à raison de tout ce que dessus, la Défenderesse a le droit d'être relevée et deliée de la dite obligation par elle contractée dans et par le dit acte, comme elle l'est par le présent jugement, et que les immeubles doivent être déclarés affranchis de l'hypothèque que la Demanderesse prétend avoir sur iceux par suite de la dite obligation, déboute la présente action, en tant que la Défenderesse y est concernée, et ce avec dépens. (14 *D. T. B. C.*, p. 17.)

MACKAY and AUSTIN, for Plaintiff.

CARTIER, POMINVILLE and BETOURNAY, for Defendants.

JUGEMENT EN VACANCE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 7 décembre, 1863.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Chief-Justice, DUVAL, MEREDITH and MONDELET, Justices.

LANIGAN, Appellant, *and* GAREAU, Respondent.

Jugé dans la Cour Supérieure : Qu'un billet de location ou licence d'occupation, signé par un agent local, ne confère aucun droit sur celui auquel il est accordé pour maintenir les actions auxquelles il est referé dans le Stat. Con. du Canada, chap. 22, sec. 13, en autant que par la dite section il est statué que : " Le commissaire des Terres de la Couronne " pourra émaner, sous son seing et sceau, &c."

EN APPEL : Qu'un jugement rendu dans la Cour Supérieure, en vacance, sera infirmé, si la Cour n'était pas ajournée au jour où tel jugement a été rendu. (1)

(1) V. art. 469 C. P. C

Duval, Justice: This case comes up in consequence of an error of the Judge of the Superior Court, sitting at Aylmer. The Court was adjourned to the 1st and 2nd of May, 1862, for rendering judgments; but, by some oversight, judgment was rendered, as appears by the record, on the 5th May. It was to have been expected that the attention of the Court below would have been directed to this matter by the Counsel so as to have had the judgment properly rendered, but, instead of this, an appeal was taken, and the Court here cannot uphold the judgment, but will grant no costs.

Mondelet, Justice, stated that all the members of the Court were agreed on reversing the judgment; for his own part, he would have prefered to have treated the judgment as a nullity, inasmuch as the Court below had no jurisdiction, and, therefore, nothing was done legally. If he were correct in this then there was no judgment rendered, and the Court here should so declare. If Plaintiff took out execution on a judgment which was a nullity, Defendant might have recovered upon what in England would be termed an action on the case or proceedings by *requête civile* might be adopted, and the Court might recall or get rid of the judgment.

Meredith, Justice: Held that the party against whom judgment was rendered had an immediate interest in having it set aside, and to be relieved from any seizure of his property, even if execution did not issue, yet, by registration of the judgment, a mortgage would be created on Defendant's property which he had an interest to avoid. He was the more disposed to concur in the view of the majority of the court, as to not granting costs, as he thought that the judgment complained of, being utterly null, could have been set aside without an appeal to this Court.

Judgment in the Court below: Considering that the licence of occupation produced by Plaintiff was not issued according to law, and could confer upon Plaintiff no right of property to lot number twenty-four, in the sixth range of lots, in the Township of Wakefield, described in the License of occupation, the Court doth adjudge that Plaintiff has no right of action against Defendant, for the reasons mentioned in Plaintiff's declaration."

Judgment in Appeal: Seeing that the judgment complained of was rendered on a day on which the same could not legally be pronounced: (1) The Court doth reverse, set aside and annul the said judgment, to wit: the judgment pronounced on the 5th day of May, 1862, by the Superior Court, sitting at Aylmer, in order that the parties, Plaintiff and Defendant, in

(1) 1 Con. Stats. L. C., Caps. 78 and 83, secs. 18 and 87.

the Superior Court, may take therein such further proceedings on the inscription made of the cause for final hearing on the merits before the said Court, as they may be advised. Each party to pay his own costs in appeal, costs below to be subject to the judgment.

MONDELET, Justice, dissents, being of opinion that the appeal should be dismissed, purely and simply. (14 *D. T. B. C.*, p. 21.)

PERKINS and AYLEN, for Appellant.

FENWICK, for Respondent.

CAPIAS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 novembre 1863.

Before BERTHELOT, Justice.

BOURASSA *vs.* BROSSEAU *et al.*

Jugé: Qu'un affidavit pour capias, par l'un de plusieurs légataires, alléguant une dette à lui due, excédant dix livres courant, et aussi une dette due à chacun de ses co-demandeurs, excédant de même dix livres courant, dans une action pour tout le montant, sera mis de côté, et le capias annulé, *in toto*, le déposant ne paraissant pas agir comme l'agent, ou le procureur légal des autres légataires, ses co-demandeurs.

An affidavit was made by Alexander Bourassa, setting up an obligation before notaries, of the 5th February 1841, consented to by François Bourrassa, in favour of Hubert Bourassa, his father, for £167 2 10. The marriage and death of François Bourassa; his will made in favour of his wife, as his universal legatee, who, thereby, became bound for the debt. That, from the marriage of Hubert Bourassa, three children were born, namely, François, Hubert and Pierre. The marriage of Pierre with Louise Brosseau, from which marriage there was issue, Alexandre Bourassa, the Plaintiff, and four children, to whom the mother was named tutrix. That, under the will of Hubert Bourassa, the elder, referred to by date, Hubert Bourassa, the younger became his universal legatee for one half, and the children of Pierre Bourassa, for the other half. The transfer by the husband of Philomène Bourassa to Lepailleur, one of the Defendants, of £30, due Philomène Bourassa, as her part of the said debt. The affidavit then proceeds as follows: " Le déposant dit de plus, que Louise Brosseau et Scholastique Bédard, sont endettées personnellement envers lui, et envers Hubert Bourassa, son oncle, et envers Louise Brosseau, en sa qualité de tutrice, et envers François Maurice Lepailleur, en une somme d'argent excédant dix livres, argent légal de la Province du Canada, savoir, en une somme de £167 2 10, dit

cours, avec intérêt sur cette somme à compter du 5 février, 1841, cette créance étant la même que ci-haut mentionnée, résultant du dit acte d'obligation du 5 février, 1841, laquelle créance est exigible, et est due aux dits créanciers, dans les proportions suivantes : moitié de cette créance due au dit Hubert Bourassa, fils, et l'autre moitié à cinq des enfants du dit Pierre Bourassa, et au dit Lepailleur, savoir, au dit Alexandre Bourassa, £13 18 0½, au dit Lepailleur, représentant Laurent Léopold Raymond et son épouse, une égale somme, et à chacun des mineurs représentés par leur tutrice, une égale somme, le tout portant intérêt du 5 février, 1841."

BERTHELOT, Justice : A motion had been made to quash the capias in this cause, for insufficiency in the affidavit. Several heirs sued for a debt due them and one of them made the affidavit, but did not state that he was the agent or attorney, or that he in any way acted for his coheirs, who were co-Plaintiffs in the cause with the deponent. He had not found an analogous case. The case of a copartnership was different, one partner might take the affidavit for the firm, but, in doing so, he was acting for the firm, and in law represented it. He could not say that this was the case in this action. If Plaintiff here swore falsely or without probable cause, the co-plaintiffs would not be bound for the consequences, as a firm would be liable for the affidavit of a member of the firm, in respect of a partnership debt. He had entertained some doubts as to whether the capias should be quashed *in toto*, but had come to the conclusion that it must be set aside entirely as not being in conformity with the terms of the statute.

JUGEMENT : Considérant que le writ de *capias ad respondendum* émané à la poursuite de tous les Demandeurs, ne l'a été que sur l'affidavit d'un seul d'entr'eux, Alexandre Bourassa, qui ne s'est pas représenté comme le procureur légal des autres Demandeurs, et ce, contrairement à la loi, a rejeté et mis de côté le writ de *capias*, etc. (14 *D. T. B. C.*, p. 23.)

LANCTOT, for Plaintiff.

LEBLANC and CASSIDY, for Defendant.

CAPIAS.—ALIMENTS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 13 Septembre 1863.

Before MONK, Justice.

MOSS et al. *vs.* WILSON.

Le Défendeur, un marchand résidant dans le H. C., fit transport de toutes ses propriétés, dettes et effets, à l'un de ses créanciers pour l'avantage des autres, et se rendit aux Etats-Unis, où il résida pendant

quelques années, revint ensuite à son premier domicile dans le H. C., il fut ensuite arrêté à Montréal. La fraude alléguée dans l'affidavit était, que le Défendeur avait quitté la Province et avait disposé de toutes ses propriétés et effets. Le Défendeur produisit une requête contestant les allégués contenus dans l'affidavit, et allégnant que la cession avait été faite suivant la loi du Haut-Canada, et de bonne foi. Le Demandeur répondit qu'à l'époque de la cession le Défendeur était notoirement insolvable, et que, par la loi du Bas Canada, un pareil transport était en fraude de ses créanciers :

Jugé : Que le transport ne pouvait, dans l'espèce, être considéré comme fait en fraude des créanciers, et que l'arrestation avait été faite sans cause suffisante. (1)

Qu'une motion, de consentement, sera accordée en chambre, en vacance, nommant un commissaire dans le Haut-Canada pour prendre les témoignages de témoins y résidant. (2)

Que l'allocation alimentaire fixée par le Stat. Con. B. C., cap. 87, sec. 6, sera partagée, et que le Demandeur dans chaque cause sera contraint de payer une proportion suivant le nombre d'actions pendantes sur lesquelles le Défendeur est détenu. (3)

A writ of *capias* was issued against Defendant, described as formerly of Port Dover, in Upper Canada, now of Montreal. The reasons or grounds of belief given in the affidavit were as follows: 1. Because Defendant, in the fall of 1857, being indebted to Plaintiff, absconded from Port Dover where he was then trading, leaving heavy liabilities and debts unsatisfied, and that Plaintiff had only been recently informed of his return. 2. Because, before absconding, he had fraudulently disposed of all his property and stock in trade, to the prejudice of Plaintiff and of his other creditors. 3. Because two credible persons, Wm. Hobbs and Walter McFarlane, had made oath in this city to the foregoing facts, from whose affidavits deponent had his information to the foregoing effect. The Defendant filed a petition denying the allegations of the affidavit, and setting up in detail the particulars of a deed of assignment, executed at Port Dover, on the 26th August, 1857, to Henry Howell, of all Defendant's stock in trade, effects and debts, for the benefit of Defendant's creditors; that the assignment was made in accordance with the law of Upper Canada, and in good faith; and that, at the date of his arrest, he was resident at Port Dover, and had no intention to leave Canada. The Plaintiff answered to this petition, that, by the Law of Upper Canada, where the debt due to Plaintiff was contracted " such an assignment was, " would be, and is made in fraud of the creditors of Wilson, in " Lower Canada, as regards debts contracted by him, within " Lower Canada, before the date of the assignment ; that Wil- " son was then notoriously insolvent, and unable to pay his

(1) V. art. 798 et 819 C. P. C.

(2) V. art. 307 C. P. C.

(3) V. art. 790 C. P. C.

"just debts;" that Howell was Defendant's father-in-law, and a mere *prête-nom*, and that the assignment was made in bad faith. By consent of parties, a motion was granted in vacation (7th August, 1862,) that witnesses residing at Port Dover, be examined by a solicitor, named as commissioner, and the depositions of the witnesses were taken by him without any *Commission Rogatoire* having issued, and without any written interrogatories on either side. On petition of Defendant, an alimentary allowance of 1s. 8d. currency, per week, was ordered to be paid by Plaintiff, Defendant being detained in jail on two other writs of *capias*.

JUDGMENT: Considering that petitioner has established the material allegations of his petition, and the insufficiency of the affidavit under which the writ of *capias ad respondendum* issued, petition granted. (14 *D. T. B. C.*, p. 26.)

DAY and DAY, for Plaintiff.

LEBLANC and CASSIDY, for Defendant.

SOUS-LOCATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 20 mars, 1857.

Before: SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

PERSILLIER DIT LACHAPELLE et al. *vs.* MORETTI.

Jugé: 1o. Que dans le cas d'un bail de certains magasins et dépendances avec condition que le locataire ne cèdera pas son droit au dit bail, sans le consentement par écrit du bailleur, le bail de partie des prémisses avec réserve de deux chambres par le sous bailleur, n'est pas une violation de la condition qui peut donner lieu à la résiliation du bail principal.

2o. Que lorsque le sous bail est à la connaissance du locateur principal, qui a reçu les loyers de son locataire, sans objection au sous bail, le consentement du locateur à tel sous bail sera présumé, et l'action en résiliation sera renvoyée. (1)

The Plaintiffs, who were in the rights of Angelique Leduc, brought an action for the resiliation of a notarial lease from her to Defendant, dated the 7th February, 1856, of certain buildings in McGill Street, in the City of Montreal; the declaration set forth the conditions of the lease binding on Defendant, one of which was the following: "De ne pouvoir céder son droit au dit bail sans le consentement par écrit de la bailleresse," and alleged that the condition had been violated by a lease, made by Defendant, to one Sutherland. The Defendant denied that he had ceded all his rights under the lease, and alleged that, by notarial lease of the 29th Feby.

(1) V. art. 1638 C. C.

1856, he had sublet to Sutherland a portion of the premises, reserving two rooms which he had always occupied; that the premises were not deteriorated or impaired by the sublease, but were benefited by the large trade carried on in the premises; that the rent had always been punctually paid; and that, although Defendant had subleased portions of the premises, the lessor had never complained, but had tacitly consented thereto, and must have been held to have done so, inasmuch as there were three separate and distinct shops, (*loges ou magasins*) and Defendant could not be supposed to have agreed to occupy them all for his own business only; and that, moreover, a portion of the leased premises consisted of a brick building which a previous tenant had erected on Plaintiffs' ground with their consent, which building had been purchased by Defendant, and was to belong to Plaintiffs on certain conditions, and had always been occupied by the other tenants since its erection.

JUDGMENT: "Considering that Plaintiffs have failed to prove the material allegations of their declaration, by reason of which they cannot have or maintain the conclusions thereof: and, further, considering that Defendant hath established that he still retained and occupied two rooms in the house and premises so by him acquired by right of lease, under the lease set up in and by his exceptions, and that Defendant had a right by law to sublet part of the premises, and that such subleasing by him was done with the knowledge of Plaintiffs and their *auteur*; and that, by the reception of the rent due by Defendant, as and for the rent of the premises, without any objection, after the same had been so sublet, Plaintiffs did assent to the subleasing of the same. The Court doth maintain the exceptions pleaded by Defendant, and doth dismiss the action of Plaintiffs, with costs." (14 *D. T. B. C.*, p. 29.)

CHERRIER, DORION and DORION, for Plaintiffs.

LEBLANC and CASSIDY, for Defendant.

LOUAGE DE SERVICES.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 9 décembre, 1862.

Présent: Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL, MEREDITH et MONDELET, Juges.

NEWCOMB, Appelant, *et* GRANT et al., Intimés.

Jugé, en Cour de première instance: Qu'un bail d'ouvrage ayant été fait par un ouvrier entrepreneur, tant en son nom qu'au nom d'un autre qui n'a jamais ratifié le bail, et n'y a aucunement participé, l'action

pour le prix des ouvrages faits peut être valablement portée au nom des deux personnes désignées en l'acte comme entreprenant l'ouvrage.

En Cour d'Appel : Que, nonobstant l'exception plaidée relativement au défaut de ratification et d'intérêt de celui des Demandeurs qui n'avait pas accédé au bail, la reconnaissance de ce Demandeur par le Défendeur, résultant des termes de son articulation de faits, met l'exception au néant.

Il s'agissait d'un jugement de la Cour Supérieure, condamnant l'Appelant à payer aux intimés, Grant et Stewart, une somme de £321.14.5, au lieu de celle de £433.9.0, réclamée par l'action. L'action des Demandeurs était fondée sur un contrat notarié, en date du 5 novembre 1857, pour la confection de quatre milles de chemin de fer, et passé entre " William New-" comb, of the parish of Pointe Claire, of the one part, and " Duncan Grant, of Montréal, contractor, of the other part, " Duncan Grant acting as well in his own name, as in the " name of William Stewart, of the city of Montreal, by whom " he obliges himself to have these presents ratified and sub-" cribed to." Le Défendeur plaida que Stewart n'était pas partie au contrat, qu'il ne l'avait jamais ratifié, que tous les ouvrages avaient été faits par Grant seul, et les reçus donnés en son propre nom, ce qui fut prouvé ; que Stewart avait reconnu lui-même qu'il n'avait rien à faire avec l'entreprise ; qu'en conséquence, l'action était mal portée au nom de Grant et de Stewart conjointement. Le Défendeur plaidait de plus que tout ouvrage livré s'élevait à une somme de £3,462.8.3, sur laquelle il avait été payé celle de £3,352.19.6, laissant une balance de £109.8.9, mais que cette balance était plus que compensée à raison des dommages résultant de la mauvaise qualité de l'ouvrage, et du retard dans sa confection et livraison causés par la négligence des Demandeurs. Les Demandeurs produisirent à l'enquête, une note de la main même du Défendeur, écrite en présence du nommé David Kyle, et remise par le Défendeur au Demandeur Stewart. Cette note est comme suit : D. Grant's claim, £3,674.13.11, cash received, £3,352.19.6, difference, £321.14.5, claim or balance, £433.9.1, less £321.14.5, difference, £111.14.8. Kyle déclare que le Défendeur admit en cette circonstance qu'il devait £321.14.5. Il fit le même aveu au témoin Scott. Le Défendeur produisit des articulations de faits dont la 2e et la 4e sont ainsi conçues ; " 2. That Plaintiffs did not do any other or more work than is set forth in the exhibit of Defendant No. 1." " 4. That Defendant was put to great expense and loss in finishing and completing the works undertaken under the contract, and in remedying the defects in said works, caused by the negligence of Plaintiffs." Il n'y eut pas de preuve de dommages. La Cour Supérieure, considérant l'admission de Newcomb quant au montant dû, comme décisive, rendit le jugement suivant :

"And, considering that Plaintiffs have established, by sufficient evidence, that Defendant is indebted to them in the sum of £321.14.5, as and for the just and true balance remaining due and unpaid to them, for all work done and executed by Plaintiffs for Defendant, under the contract set forth in the declaration of Plaintiffs, and which balance so due and owing was by Defendant *acknowledged to be due as aforesaid and unpaid*; and, further, considering that Defendant hath failed to establish any thing, in law or in fact, by reason of which the conclusions of the said declaration should not or ought not to be granted, the court doth condemn the said Defendant to pay to the said Plaintiffs the said sum of £321.14.5, said current money of the province of Canada, with interest thereon, &c.

MONDELET, Justice, *dissentiente*: I have gone through this case, with care, and have come to the following conclusion: 1° I do not coincide in opinion with the court that Stewart, having joined in the action, is a sufficient ratification of the contract. The Defendant had an interest in pretending that the action is badly brought. 2° But, as to the merits of this case, which are viewed by both Plaintiffs and Defendant in a different light, I hold that we have no right to set aside or disregard the solemn, clear and precise evidence of Scott and Kyle, touching the acknowledgment made by Newcomb of his indebtedness to Plaintiffs in the amount of £321. We have no right to substitute our own suppositions and gratuitous assumptions as to the state of the case, in lieu of positive evidence of an acknowledgment by Defendant. There can be no certainty if the evidence is thus to go for nothing, why ? Because, to the judge, the merits of the case may appear different from what they appear to the most interested party, the debtor. I never can admit such a doctrine which seems to me, not only subversive of all principle, but unsafe and more than dangerous. Wherefore, I am of opinion that the judgment of the court below would be correct, if the action were correctly brought, and that the judge who gave that judgment, acted a wise part in not abstaining from abiding by the evidence of Scott and Kyle, on the mere ground that it is not to be presumed, though it is clearly proved, that Defendant, who was the creditor, acknowledged himself to be the debtor. I would, consequently, clearly and firmly opine for the confirmation of the judgment of the court below. But, being of opinion that the two could not join, because there was no contract with both, I am, of course, of opinion that the judgment should be reversed.

"The court, seeing that the contract executed before Le Tellier and his colleague, public notaries, bearing date the fifth day of November, 1857, under which the work in question

was done, was entered into by Duncan Grant, one of Respondents, as well in the name of William Stewart, the other Respondent, as in his own name; Seeing also that the said work, in so far as it was done, was so done in pursuance of the contract, and that Plaintiffs allege that the whole of said work was done by Duncan Grant and William Stewart, and not by Duncan Grant alone, and that Defendant, by his articulation of facts, and more particularly by the heads, numbers two and four, of the said articulation of facts, in effect, admits that the said work, in so far as it was done, was so done, "by Plaintiffs" to wit, by Duncan Grant and William Stewart and not by Duncan Grant alone; considering therefore that the present action was rightly brought in the names of Duncan Grant and William Stewart, and that, in the court below, in so far as it maintains the right of Duncan Grant and William Stewart, to bring the present action in their joint names, there is no error; doth confirm the judgment of the Superior Court rendered at Montreal, on the thirtieth day of March, 1861, in so far as it maintains the right of Duncan Grant and William Stewart, to bring the present action in their joint names &c. (14 *D. T. B. C.*, p. 40.)

ROBERTSON, A. and W., for Appellant.

CROSS and BANCROFT, for Respondents.

CONTRAT SOUS SEING PRIVE.

CIRCUIT COURT, Québec, 8 janvier, 1864.

Before TASCHEREAU, Justice.

LAMPSON *vs.* MCCONNELL.

Jugé: Qu'un document sous seing privé, contenant les stipulations d'un contrat synallagmatique est valide, et que sa production, pour constater les engagements réciproques des parties, est suffisante, quoiqu'il ne soit pas exécuté en double, ni allégué avoir été ainsi exécuté.

The Plaintiff brought suit for £7.10 and to eject Defendant from certain premises which he occupied under a lease *sous seing privé.* The Plaintiff produced the lease which, with a few alterations, was similar to the ordinary notarial deed and was signed by Plaintiff and Defendant. The Plaintiff's action set forth the lease, the default of Defendant to garnish the premises, and that Defendant was indebted to him in the sum of £7.10, alleged to be due as a balance of rent under the lease. Defendant pleaded generally, by defense *au fond en fait,* and specially, that the lease declared upon was not valid nor binding upon the parties, inasmuch as it had not been

executed in duplicate, nor was it stated to have been so executed, either in the plaintiff's declaration or on the face of the instrument itself. The Defendant was examined as a witness and proved the signature of the parties, and that he had occupied the premises in question, but that the instrument had not been made in duplicate, nor had he ever had even a copy of it.

LAMPSON F., for Paintiff: The question now brought before the Court, although in itself involving no large amount, is nevertheless one of the greatest importance, on account of the effect it will produce as a precedent, for if it be held that in a *contrat synallagmatique sous seing privé*, a writing to be binding must be made in duplicate, a great number of such contracts in Lower Canada will be nullified, for, if the *double écrit* be held to be necessary in a lease, it is equally so in a sale or any other *contrat synallagmatique*. The question is one which has never come up for decision by our tribunals. The old French authors abound in dissertations on this subject, and are greatly divided on this point. I shall cite two which I think most strongly commend themselves to the consideration of the Court, both from the weight attached to the authors, and for the clearness and soundness of the reasons which they give. The first of these is Guyot who lays down, in his *Repertoire*, vbo. *Double Ecrit*, the incontrovertible maxim that the writing is not the bargain, but merely the evidence of it: how then could the *double écrit* be held to be recessary if all the stipulations and conditions contained in it, can be proved in another way. In the present case, the conditions and stipulations of the lease have been proved by Defendant himself in his evidence. The other authority to which I have alluded is a work entitled *Instructions faciles sur les Conventions*, in which the author, after giving the different reasons both for and against the necessity of the *double écrit*, concludes by saying that all depends upon the presumption of good or bad faith in the parties. This seems to me to comprise the whole matter. The only reason for requiring the *double écrit* would be to prevent one of the parties who has the writing in his possession from making alterations and erasures in it, thereby causing the other party, signing to appear to hav entered into an agreement which in reality he had never c templated doing. A person who finds that a writing whicl has signed has been falsified or altered in any way, ought be allowed to attack such a writing; it therefore seems necessary that a party taking exception to any written agreement *sous seing privé*, on the ground that it was not made in duplicate, should allege that the writing has been tampered with or falsified in some way. Nothing of the sort has been attempted

in this case, Defendant merely contents himself by saying that the lease is null on account of its not having been made *en double.* I would say, in conclusion, that Defendant was equally bound with Plaintiff to see that the deed was executed in duplicate; and to come forward now and request that a deed be declared null on account of an error to which he himself was a party, is manifestly an act of bad faith on the part of Defendant.

GIBSONE, for the Defendant: The question which arises for the decision of the Court, is whether, in cases which must be decided according to the French rules of evidence, the production of an instrument *sous seing privé*, containing the stipulations of a *contrat synallagmatique,* is sufficient to prove the reciprocal engagements of the parties, if it be proved that the instrument was not executed in duplicate. It is the pretension of Defendant that the law which governs the evidence in this case requires the *double écrit* as in all other reciprocal contracts. The necessity of the *double écrit* not only guards against all frauds and the loss or wilful destruction of the document and the crime of forgery, but, in cases where there is a number of contracting parties, it is found necessary in order to avoid errors which would otherwise be almost certain to arise.

TASCHEREAU, Justice: The question raised in this cause is one which is often met with in the different authors who treat upon the old French law. "Is it necessary, for the validity of "a *contrat synallagmatique sous seing privé,* that it should be "executed in duplicate." Authorities are to be found both in favor of and against this proposition. I am of opinion that, in some cases, the *double écrit* would be necessary for the validity of the Instrument, as in a case where fraud might be presumed, but not so in all cases, and more especially will it not be required, or be held to be necessary, in a case like the present, where the Defendant has admitted the material allegations of the agreement. The authorities for (1) and against (2) this questions are numerous, and the one derived from *Instructions faciles sur les Conventions,* page 178, shows clearly the manner in which this case ought to be decided.

(1) Pigeau, 10, note a ; 6 Rep. de Guyot, vbo. *Double Ecrit ;* Anc. Denisart, vo. *Ecrit Double*, 228 ; 7 Nouv. Denisart, 404 ; 3 Nouv. Denisart, 772 ; 6 Rep. de Guyot, *Double Ecrit*, 359, 360, note ; 8 Toullier, Nos. 313, 322.

(2) 8 Toullier Nos. 309 et suivants ; 6 Rep. de Guyot, vbo. *Double Ecrit*, p. 362 ; 15 Rep. de Merlin, vbo. *Double Ecrit*, No. 8 ; 6 Merlin, *Quest. de Droit*, partie lère, p 158. Art. 1325 du Code, Introd., *Droit nouveau ;* Arrêt 3 Sept. 1680 ; Brillon, *Bail*, No. 16 ; 8 Toullier Nos. 316 et suivants ; Arrêts Parlementaires de Paris; Lacomb p. 378 ; 4 Jurisp. du Code Civil, p. 469, et suivants ; Lacombe, *Arrêts*, p. 378 ; Instructions faciles sur les Conventions, page 178.

"Le Bail doit être fait double, faute de ce, on pourrait n'y "avoir aucun égard; chacune des parties étant obligée, doit "avoir un titre contre l'autre. On a souvent déclaré nuls des "baux pour cette raison. M. Bourjon, *Titre des Loyers*, chap. 2, "cite un arrêt contraire: tout dépend des circonstances et des "présomptions de mauvaise foi." (14 *D. T. B. C.*, p. 44.)

LAMPSON, for Plaintiff.

CAMPBELL and GIBSONE, for Defendant.

COMPETENCE.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 décembre 1863.

Before: SMITH, Justice.

CLARK *vs.* RITCHIE.

Jugé: Dans une action pour marchandises vendues et livrées par un marchand résidant à Montréal, contre un marchand résidant dans le Haut-Canada, que toute la cause d'action avait originé à Montréal, quoique partie des effets eût été commandée par le Défendeur par lettre datée dans le Haut-Canada, envoyée à Montréal, et partie par ordre verbal du Défendeur donné dans le Haut-Canada à un agent du Demandeur, qui avait pris la commande en écrit, et l'avait apportée ou transmise au Demandeur, qui avait le choix de la remplir ou non; les effets devant être considérés comme livrés au Défendeur, et à ses risques, sur remise au commissionnaire à Montréal. (1)

The action was brought against Defendant, described as of the city of Toronto, partly on promissory notes purporting to

(1) La section 14 du chapitre 38 des statuts du Canada de 1849 était en ces termes: "Des termes et séances de la Cour Supérieure et des Juges de cette cour seront tenus aux endroits ci-après mentionnés dans cet acte, dans chacun des districts en lesquels le Bas-Canada est ou pourra être divisé; et toutes actions, poursuites ou procédures pourront être commencées à l'endroit où se tiendront les termes de la dite cour dans tout district; pourvu que la cause de ces actions, poursuites ou procédures respectivement soit née dans le dit district, ou que le Défendeur, ou l'un des Défendeurs, ou la partie ou l'une des parties à laquelle l'original du bref, ordre ou autre pièce de procédure sera adressé, soit domiciliée ou ait reçu personnellement signification du dit bref, ordre ou autre pièce de procédure dans le dit district, et que tous les Défendeurs ou parties susdites aient légalement reçu signification de la pièce de procédure et non autrement, excepté dans le cas où quelqu'un des dits Défendeurs ou parties seraient assignés par avertissement, ainsi qu'il est mentionné ci-après." V. art. 34 C. P. C.

K, résidant à Montréal, télégraphie à W, résidant à Québec, lui demandant le prix du hareng. W lui répond par télégramme et K, sur cette réponse, ordonne, aussi par télégramme, une certaine quantité de hareng qui est livré à Québec à bord d'un bateau. Le prix devait être payé par un billet promissoire payable à Montréal. W a poursuivi à Québec pour le prix du hareng. Jugé que le droit d'action n'a pas pris naissance entièrement dans le district de Québec, et que la Cour Supérieure de ce district n'est pas compétente. (*Warren* vs. *Kay* et al., C. S., Québec, 2 juin 1856, MEREDITH, J., et BADGLEY, J., 5 R. J. R. Q., p. 153.)

Par convention verbale intervenue entre R et H, R résidant à Québec s'en-

be dated at Montreal, and made by Defendant in favour of Plaintiff, and partly for goods alleged to have been sold and delivered at Montreal. The Defendant pleaded an *exception déclinatoire*, upon the ground that he had no domicile, or

gagea à remorquer pour H, résidant à Trois-Rivières, un radeau de bois de Nicolet à Québec. H télégraphia à son agent à Québec d'informer l'agent de B à Québec d'envoyer le vapeur pour remorquer le radeau, ce qui fut fait. Dans une action intentée à Québec pour le prix du remorquage, jugé que toute la cause d'action n'ayant pas pris naissance dans le district de Québec, cette cour n'est pas compétente. (*Rousseau* vs. *Hughes*, C.S., Québec, 7 avril 1857, MEREDITH, J., MORIN, J., et BADGLEY J., 6 R. J. R. Q., p. 203.)

La section 94 du chapitre 38 des statuts du Canada de 1849, 12 Victoria, se lit comme suit : " Dans toute poursuite ou action intentée contre une personne qui aura laissé son domicile dans le Bas-Canada,ou contre une personne qui n'aura pas eu de domicile dans le Bas-Canada, mais qui y aura des biens meubles ou immeubles, le Demandeur pourra, si la dite personne ne reçoit pas la signification des pièces en personne, assigner et ajourner, par un bref émané en la manière ordinaire de la Cour Supérieure, ou de la Cour de Circuit, dans le district ou circuit où la dite personne pourra avoir eu son domicile, ou bien où les dits biens seront situés, et sur le rapport du shérif ou huissier sur ce bref que le Défendeur ne peut être trouvé dans le dit district, la cour ou tout juge de la cour en vacance pourra ordonner que le Défendeur soit assigné à comparaître et à répondre à la dite poursuite ou action dans le délai de deux mois à dater de la dernière insertion de l'avertissement, par un avertissement qui devra être inséré deux fois en langue anglaise dans un journal publié en cette langue,et deux fois en langue française dans un journal publié en cette langue dans le Bas-Canada, (lesquels journaux seront désignés par la cour ou le juge,) et sur le refus ou la négligence du Défendeur de comparaître et de répondre à la dite poursuite ou action dans le délai susdit, le Demandeur pourra procéder au procès et jugement comme dans une cause par défaut." Cette section fut reproduite par la s. 61 du ch. 83 des S. R. B. C.

Jugé qu'on ne peut par saisie-arrêt avant jugement et en main-tierce assigner un Défendeur résidant en Haut-Canada et le tiers-saisi résidant dans le Bas-Canada, à comparaître dans un district du Bas-Canada, où le Défendeur n'a pas de propriété, quoiqu'il ait des biens dans un autre district en la possession du tiers-saisi qui réside dans le district d'où le bref émane. (*Frottingham et al.* vs. *The Brockville and Ottawa Railroad Company, et Dickenson*, tiers-saisi, C. S., Montréal, 30 juin, 1859, BERTHELOT J. A., 7 R. J. R. Q., p. 272 et 500.)

La section 1 du chapitre 45 des Statuts du Canada de 1849, 12 Victoria, est en ces termes : " Attendu qu'il existe des difficultés dans les poursuites à intenter contre les personnes associées pour le fait de commerce, ou contre les compagnies ou sociétés formées pour les mêmes fins et non incorporées, en autant qu'il est difficile aux personnes qui transigent des affaires avec les dites associations, compagnies ou sociétés, de connaître exactement les noms, surnoms, résidence et qualité de toutes les personnes ainsi associées comme susdit ; et vu qu'il en est résulté de grands frais et des inconvénients graves : à ces causes, qu'il soit statué et il est par le présent statué que toutes les personnes associées pour le fait de commerce dans le Bas-Canada, transmettront au pronotaire de la cour ayant juridiction civile dans chaque district et au registrateur de chaque comté où elles feront des affaires, une déclaration par écrit, signée par les divers membres de la dite société, lorsqu'ils seront tous présents dans la dite province, lors de la dite déclaration, et si aucuns des dits membres se trouvent absents, alors par les membres présents tant en leur propre nom qu'au nom de leurs co-associés absents en vertu d'une autorisation spéciale à cet effet, et indiquant les noms, surnoms, qualité et résidence de tout et chaque associé comme susdit, et les nom, titre ou raison sous lesquels ils conduisent ou entendent conduire les affaires, et établissant aussi le temps depuis lequel la société existe, et déclarant que les personnes y dénommées sont les seuls membres de la société ; et la dite déclaration sera filée dans les soixante jours après la passation de cet acte, si la société a été

place of business, within the jurisdiction of the Court, and that he had no property or effects in Lower Canada; and because the notes referred to were made and signed in Upper Canada, and that the causes of action set up in the various counts of the declaration had originated in Upper Canada. The Plaintiff's answer was general. Before hearing on the exception, Plaintiff discontinued his action in so far as the notes were concerned.

SMITH, Justice, said: The only evidence in support of the exception is drawn from the examination of Plaintiff as a witness. It appears from his deposition that part of the goods "were ordered by letter written by Defendant, at Toronto, "and received by Plaintiff, at Montreal;" and that another portion "were sold and delivered to Defendant on the order "of Defendant delivered to my travelling agent, at Toronto, "and by said travelling agent transmitted to me at Montreal." These orders are stated to have been verbal orders written down by the travelling agent, on certain printed forms, and then transmitted to Plaintiff. The Plaintiff explains further that the goods when shipped, at Montreal, were at Defendant's risk, and that it was at Plaintiff's option whether or not the orders were filled. Under these circumstances, can the action be brought as if the cause of action arose in Montreal. The cases cited by the Defendant all rest on the case of *Borthwick, et al* vs. *Walton, et al.*, 29 *Law and Equity Rep.*, p. 269, and

formée ou est formée avant l'époque à laquelle cet acte prendra force et effet, et sous soixante jours après la formation de la dite société, si telle société est formée après l'époque à laquelle le dit acte prendra force et effet : et il sera donné de la même manière une semblable déclaration toutes et chaque fois qu'il y aura quelque changement ou modification dans le personnel de la dite société, ou dans le nom, titre ou raison sous lesquels la société entendra conduire ses affaires ; et tout et chaque membre de toute société qui ne se conformera pas aux dispositions de cette section, sera passible d'une amende de £50, qui sera recouvrée devant toute cour ayant juridiction en matières civiles, jusqu'au montant de la dite pénalité, par toute personne qui poursuivra tant, en son nom qu'au nom de Sa Majeste ; et moitié de la dite pénalité appartiendra à la Couronne pour les besoins de la province, et l'autre moitié à la partie poursuivante, à moins que la poursuite ne soit intentée, (ainsi qu'elle pourra l'être,) au nom de la Couronne seulement, auquel cas toute la pénalité appartiendra à Sa Majesté pour les besoins susdits." Cette section fut reproduite par la s. 1 du ch. 65 des S. R. B. C., et dans les articles 5635 à 5639 inclusivement S. R. Q. V. aussi l'article 1834 C. C.

Une société commerciale est formée aux Trois-Rivières sous le nom de "La Compagnie de Navigation des Trois-Rivières." On la poursuit à Montréal pour recouvrer la pénalité de £50, parce qu'elle n'a pas enregistré de déclaration de société au greffe de la Cour Supérieure et au bureau d'enregistrement à Montréal, conformément à la section 1 du chapitre 45 des Statuts du Canada de 1849, 12 Victoria. (article 1834 C. C.) Jugé que tout le droit d'action, n'a pas originé dans le district de Montréal et que la Cour de Circuit à Montréal était incompétente à décider cette cause. (SÉNÉCAL et CHÈNEVERT, C. B. R., Montréal, 6 septembre 1861, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., et MONDELET, J., confirmant le jugement de la Cour de Circuit, 12 *D. T. B. C.*, p. 145.)

the same case reported in 15 *Common Bench Reports*, p. 50. This case establishes that the whole cause of action must arise within the jurisdiction of the court. I admit the principle laid down by this decision, but do not consider that it applies to the facts in this case. I hold that the cause of action did not arise in Toronto, nor any part of it. The orders were written there, at a certain date, but no part of the contract arose there. Suppose an action of damages brought against Plaintiff for not fulfilling the order. It could not lie, because the order bound Plaintiff to nothing. It had no effect until Plaintiff received it, and accepted, or acted on it. Whether Defendant, after writing the order, at Toronto, sent his own clerk with it to Plaintiff's place of business, at Montreal, or sent it by post, or by telegraph, does not seem to me to alter the case. The goods were ordered and were delivered at Montreal; the contract was made there; and was fully completed by the delivery to the carrier. The exception therefore cannot be maintained. Exception dismissed. (14 *D. T. B. C.*, p. 48.)

ROBERTSON, A. and W., for Plaintiff.

TORRANCE and MORRIS, for Defendant.

FILLE MINEURE.—PREUVE.

CIRCUIT COURT, Montréal, 30 décembre, 1863.

Before LORANGER, Justice.

FERON *vs.* DONELLY.

Jugé : 1° Qu'aucune action ne peut être portée contre une fille mineure, si elle n'est marchande publique. (1)

2° Que la production d'un extrait baptistaire de l'une des parties à un procès, dit avoir été signé par un curé en Irlande, sera considéré comme preuve suffisante du baptême ; et que la mention "de la qualité ou occupation du père et lieu de sa demeure," voulue par le Stat. Ref. du B. C., cap. 20, sec. 5, n'est pas requise en pareil cas. (2)

LORANGER, Justice : The action was brought against Catherine Donelly, the maker, and one Hayes, the indorser, of a promissory note bearing date the 7th December, 1860. The maker of the note is described in the declaration as "*fille majeure usant de ses droits,*" spinster, and she pleads that she was and is a minor, and not a *marchande publique*, nor had she any quality which would justify a suit being brought against her. If the plea is made out in evidence, the action must be dismissed. The proof as to her age consists of a cer-

(1) V. art. 1005 C. C.

(2) V. art. 1220 C. C.

tificate, produced in the case, of a priest in Ireland that: "Catherine Donelly, daughter of Michael Donelly, and Rose "Kane, was validly baptized by me, on the 13th January, "1842, according to the rites of the Holy Roman Catholic "Church." The certificate does not state the date of her birth, and it was argued that she might have been born years before her baptism; and, next, that the quality, occupation and residence of the father were not mentioned in the certificate, as required by the provincial statute. The certificate of marriage of the father and mother, certified by the same priest, also produced in the cause, shews they were married on the 7th February, 1841, and as the action was commenced in April, 1861, Catherine Donelly was evidently a minor, not only when the note was signed, but when the action was instituted. The formality of the provincial statute as to mentioning the quality and residence of the parents is in force in L. C., but the form of certificate required here cannot regulate the form in Ireland, and if it is valid as to form there, it must be held to be valid here.

JUDGMENT: "Considering that Defendant hath established, by sufficient evidence, the allegation set forth in her said *exception péremptoire*, namely: that, at the time of the institution of this action, and the service made upon her of the process *ad respondendum* and declaration thereto annexed, Defendant was still a minor, not having attained her age of majority, and, consequently, that the present action will not lie against her, doth maintain the said exception and dismiss Plaintiff's action with costs." (14 *D. T. B. C.*, p. 50.)

ABBOTT and DORMAN, for Plaintiff.

DOUTRE, for Defendant.

PROCEDURE CRIMINELLE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, (Sitting as a Court of error)

Quebec, 19th December 1863.

Before: SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., Chief-Justice, DUVAL, MEREDITH, MONDELET and BADGLEY, Justices.

DUVAL DIT BARBINAS, Plaintiff in error, *vs.* THE QUEEN, Defendant in error.

Dans cette cause, il était allégué que, dans le cours du procès, il avait été enjoint à un témoin, médecin, de faire une analyse pour l'information du jury, qu'il s'était conformé à cet ordre, et avait fait son rapport; mais que le rapport ainsi fait, n'avait pas été soumis au jury, ce qui eût

dû être fait, et que par ce, le prisonnier avait été privé de l'avantage d'une preuve importante en sa faveur.

Jugé: 1° Qu'en autant que le rapport n'eût pu être soumis au jury, excepté comme partie du témoignage, et, en autant que ni les témoignages, ni les décisions du Juge qui y avaient rapport ne pouvaient être soumis à la considération de la Cour par un writ d'erreur, le Demandeur en erreur n'avait pas le droit de faire amender le record, de manière à placer soit le dit rapport ou les entrées au registre de la Cour inférieure qui y avaient rapport devant cette Cour.

2° Que le Demandeur en erreur ne pouvait faire amender le record de manière à constater si le Juge qui présidait au procès avait pris note des témoignages lui-même, ou les avait fait écrire par une autre personne, ni de manière à constater quelles précautions avaient été prises pour la garde du jury, pendant qu'ils délibéraient sur leur verdict hors de Cour.

Cette cause, portée devant la Cour d'erreur (Cour d'Appel) à Québec, aux fins de faire infirmer la sentence de mort prononcée contre Pierre Duval dit Barbinas, à Arthabaska, en mars dernier, a été commencée ici, le 30 avril. TALBOT, conseil du Demandeur en erreur, fit, en vertu d'un permis (*fiat*) obtenu du procureur-général Sicotte, émaner un bref d'erreur (*writ of error*) de la Cour d'Appel, rapportable le douze juin. Voici le texte même du *writ of error*:

"For, as much as, in the *record* and *process*, as also in the *judgment*, in a certain indictment against Pierre Duval dit Barbinas, heretofore of the parish of St. Germain de Grantham, in the district of Arthabaska, farmer, and now detained in the gaol of the district of Arthabaska, of a certain felony, to wit, murder, whereof the said Pierre Duval dit Barbinas, by a certain jury of the country, taken thereupon, between us and the said Pierre Duval dit Barbinas, was, thereupon, before you, convicted, at a term of our Court of Queen's Bench, holden in the district of Arthabaska, in the month of March last, as it is said, *manifest error hath intervened*, to the great damage of the said Pierre Duval dit Barbinas, as, by *his complaint*, we are informed: we, willing *that the* said error, if any, be duly *amended, and full and speedy* justice done to the said Pierre Duval dit Barbinas, in this behalf, *do command* you that, if judgment be given thereupon, then *you send to Us*, in Our Court of Queen's Bench for Lower Canada, aforesaid, sitting at the city of Quebec, *distinctly* and *plainly*, *under your seal*, the Record and Process aforesaid, with all things touching the same, and this writ, so that we may have them, on Friday, the twelfth day of June next: that, in inspecting the Record and Process aforesaid, we may cause further to be done thereupon, for amending the said error, as of right and according to the laws and *customs* of that part of Our said province of Canada, called Lower Canada, shall be meet to be done." Tel fut l'ordre de la Cour d'Appel. (1)

(1) Le bref d'erreur est maintenant aboli par la s. 743 du Code Criminel.

A cela, le tribunal inférieur fit une réponse, où il est dit : Que, le 13 mars dernier, il avait été ouvert, à Arthabaska-Ville, une Cour criminelle, ayant juridiction dans toutes offenses criminelles, que l'honorable Juge A. STUART, présidait la cour ; on y dit aussi les noms de dix-huit grands jurés, et l'accusation contre Barbinas d'avoir tué malicieusement Julie Desilie, sa femme, au moyen de poison ; que le dit Barbinas avait comparu le treize mars, en la dite cour : et, qu'étant là, sous la garde du Shérif, on lui demanda s'il était coupable de ce dont on l'accusait ; qu'il répondit qu'il n'était *pas coupable*, et fit appel à son pays. Suivent les noms du procureur-général et de son substitut, et qu'enfin sur le tout, le procureur-général et le prisonnier, s'en rapportaient à des jurés ayant la qualification requise pour décider si le prisonnier était coupable ou non de l'accusation portée contre lui. Viennent ensuite les noms de 12 jurés qui déclarent que le prisonnier est coupable ; et que, le 21 mars, la cour, avant de prononcer la sentence, demanda au prisonnier s'il avait quelque chose à dire contre la sentence ; qu'à cela, il demanda la vie : qu'enfin la sentence fut prononcée et l'exécution fixée au 15 mai, 1863. Le 15 septembre, 1863, Talbot fit motion pour un bref d'*Habeas Corpus*, qui fut accordée, en conséquence le Demandeur fut amené devant la cour. Le 18 septembre, 1863, le Conseil du prisonnier fit motion qu'il fût fait un nouveau *retour* au bref d'erreur, au moyen duquel il serait fait, devant la Cour d'Appel, rapport de tous et tels documents, procédures et entrées sur les registres de la Cour de première instance ; ou qu'il fût amendé, attendu que le *record* de *conviction* était vague, illégal et irrégulier, et ne correspondait pas au désir du bref d'erreur, non plus qu'à la loi, et ne démontrait en aucune façon aucun des griefs d'erreur dont se plaignait le prisonnier, et sur lesquels le *fiat* de la Couronne accordant le bref d'erreur était fondé. Et à l'appui de sa motion, il alléguait les raisons suivantes : Que, dans le rapport ou la réponse fait au bref d'erreur, par la Cour de première instance, on ne mentionnait aucun des faits ou griefs d'erreur dont se plaignait le prisonnier, savoir : 1° Que les dépositions des témoins n'avaient pas été prises par le juge présidant la Cour, mais bien par un étranger à la Cour, non assermenté, et n'ayant aucune qualité ni pouvoir de le faire. (1) 2° Qu'à la séance du 19 mars der-

(1) 1 Chitty, *Crim. Law*, p. 632, " When the *evidence* and the speeches on both sides are thus concluded, it becomes the duty of the judge to sum up the *evidence* to the jury. In order to enable him to do this with accuracy, he ought to take notes of the proofs adduced *in every part of the proceedings*. And this is the more necessary, as these minutes frequently become important documents in a remoter stage of the prosecution : Where the evidence affects several Defendants differently, the judge will, as we have seen, select the *evidence* applicable to each....

nier, de la dite Cour, les jurés s'étaient retirés de la Cour, sans qu'il fût constaté qu'ils eussent été gardés dans une chambre sous clef, et sans être sous la garde d'huissiers assermentés, tel que l'exige la loi. (1) 3° Qu'un nommé Moïse Forest, un des témoins de la défense, ayant produit deux bardeaux et une gazette sur lesquels il était dit qu'il y avait de l'arsenic, la cour ordonna au docteur Larue d'en faire l'analyse chimique, et suspendit à cet effet sa séance pendant trois heures: que le docteur Larue fit, de fait, l'analyse chimique des matières contenues sur les dits bardeaux et gazette, et en dressa un rapport, mais que ce rapport n'a été ni ouvert ni publié en cour, et que le résultat en est demeuré inconnu aux jurés, par la raison que le procureur de la Couronne déclara qu'il n'entendait pas examiner le Dr. Larue, qui avait alors son rapport de l'analyse chimique. Que l'accusé avait droit d'exiger l'ouverture du rapport pour en faire connaître le résultat aux jurés: que ce droit fut réfusé par la cour, en disant qu'elle n'avait pas droit d'intervenir, malgré la demande réitérée des procureurs de la défense. Que les procureurs de la défense firent application à la cour, le 21 mars dernier, pour l'arrêt du jugement ou sentence de mort contre le prisonnier, et ce pour les griefs susdits, ce qui fut encore refusé par la dite cour. Enfin, la dernière raison à l'appui de la motion, était que les erreurs susdites étaient fondées en loi, et que toutes et chacune existaient dans la cause; que, néanmoins, aucune n'était consignée dans le *record de conviction*, produit en réponse au bref d'erreur; que le prisonnier ne pouvait obtenir justice de la Cour d'erreur, s'il n'était pas fait un nouveau *retour* au bref de pourvoi pour erreur, au moyen duquel les griefs susdits apparaîtraient. Cette motion fut plaidée le 18 septembre dernier; il est surtout un allégué sur lequel l'avocat du prisonnier appela plus particulièrement l'attention de la cour: c'est que, disait-il, la Cour d'erreur ne juge que d'après le record qu'on lui transmet, sans s'occuper de faits extérieurs ou quelque peu étrangers à tel record. Puisqu'il en est ainsi, répétait-il, la cour pourra-t-elle rendre la justice qu'en attend le prisonnier, si elle ne fait, auparavant de s'occuper de sa cause, compléter le record, et si elle ne le fait correspondre au désir du bref d'erreur, puisque c'est seulement sur ce record et sur TOUTE *la procédure* qu'elle peut juger? Le procureur de la couronne répondit à cette motion, qu'elle

(1) 1 Chitty, *Crim. Law*, p. 628, bailliffs sworn to keep the jury *together, if they separate verdict is bad*, p. 628, *verso*.... the entry of the ajournment *must also appear upon the record*, for otherwise the ajournment cannot *afterwards be intended*.... pp. 632, 633.... the jury retire.... and the bailliff is sworn to keep them. Toutes ces formalités doivent apparaitre au registre, 2 Gabbett, on *Crim. Law*, p. 524.

était intempestive, et que ce n'était plus le temps de la faire, mais la Cour fut unanime à dire que, si cette motion devait être faite, c'était le temps de la faire, et qu'il n'y avait qu'à juger sur le mérite de la motion. Elle fut prise en délibéré. Le jugement sur cette motion a été rendu le quinze décembre courant; elle a été rejetée par la majorité des honorables juges présidant la Cour d'appel,—l'honorable Juge MONDELET seul étant en faveur de cette motion. Le 17 décembre, 1863, le Conseil du Demandeur en erreur fit une motion pour un bref de *certiorari*, adressé à l'honorable Juge présidant la Cour de première instance, aux fins qu'il lui fut ordonné de transmettre devant la Cour d'erreur, tous et chacun des *record, procédure, évidence*, ordres, jugements, *venire facias* et liste des petits jurés, ainsi que tous documents ou choses touchant la conviction et sentence de mort prononcée contre Barbinas, le vingt et un mars dernier. Et pour raison de cette motion, il alléguait: Qu'il y avait eu erreur dans l'instruction du procès; que ces erreurs avaient donné lieu à l'émanation du bref d'erreur adressé à l'honorable Juge présidant la Cour de première instance; qu'en réponse à ce bref d'erreur, il n'avait été produit qu'un certain document intitulé record de conviction (*record of conviction*), ne contenant que le superficiel de la procédure, sans faire mention des faits qui avaient rapport au fonds du procès; que, par conséquent, ce *record de conviction* ne répondait qu'en partie à la loi et au bref d'erreur qui demandait "*toutes choses se rattachant au procès*"; que la Cour d'Appel n'était pas en demeure d'amender et rectifier les erreurs dont on se plaignait, puisqu'elle ne pouvait juger que sur ce qu'elle voyait sur le record, et que, sur ce record, on avait omis les motifs de pourvoi pour erreur. Qu'ainsi, le record transmis à la Cour d'Appel n'était pas complet; qu'il fallait, pour qu'il fût entier, que le tribunal inférieur transmit: 1° le record de conviction en harmonie avec les faits de la cause: 2° une cédule des procédés accompagnant la conviction 3° tous et tels dossiers, procédure, ordre et évidence, ainsi que toutes choses s'y rattachant, de même que le *venire facias*, la liste des petits jurés, ainsi que la liste générale des jurés; laquelle dernière liste n'avait été déposée que cinq mois après le procès en question au bureau du greffier de la couronne. A l'appui de cette motion le Conseil du Demandeur en erreur citait: Grady and Scotland, 332, où il est dit: "That a writ "of error lies where there is error in the foundation, proceedings and judgment." En outre, le 1er volume de Gude, à la page 264, où il est dit: "The clerk who must return the same "(bref d'erreur) together with the record, and all proceedings "had thereupon." Or, disait-il, il ne peut donc rester l'ombre de doute dans l'esprit de la Cour, que le greffier devait pro-

duire (*all proceedings*,) toutes procédures qui ont eu lieu au procès. (1) Il résulte des autorités citées, disait-il, que le bref d'erreur a été légalement émané, or ceci posé, cette Cour doit donc ordonner que ce bref soit exécuté. Et ce bref n'ordonnait-il pas au tribunal inférieur de transmettre toutes et chacune des matières se rattachant au procès ? Au reste, ce bref méritait bien d'être respecté, en tout point, puisqu'il est l'œuvre même du souverain. C'est de sa part un acte de grâce, d'un caractère pour le moins aussi important que l'est de lui la commutation de peine en faveur d'un coupable. Ce bref s'accorde *ex gratia* par le souverain représenté dans la personne de son aviseur légal. D'ailleurs, en supposant que, d'après le droit criminel anglais, les griefs dont se plaint le Demandeur n'eussent pas été des moyens ou griefs d'erreur (ce qui n'est pas admis); toujours est-il qu'avec notre loi statutaire, il ne peut rester de doute à cet égard : pour s'en convaincre, il suffit de référer à la sec. 63 du ch. 77 des Statuts Refondus du Bas-Canada, qui s'exprime ainsi : " Si dans un exposé en matières criminelles " réservé comme susdit *ou porté* devant elle au moyen d'un " bref de pourvoi pour erreur, la Cour du Banc de la Reine " est d'avis que la conviction est mauvaise pour quelque raison " ne dépendant pas du mérite de la cause, elle pourra par son " jugement déclarer le fait et ordonner que la partie convain- " cue subisse de nouveau son procès, comme s'il n'y avait pas " eu de procès dans l'affaire." Il est incontestable, disait-il, en présence d'une loi aussi positive, que cette cour avait droit d'être mise au fait des questions qui se sont élevées au procès ; ces questions pouvaient être portées devant la cour d'erreur, *soit au moyen* d'un bref de pourvoi pour erreur, soit au moyen de questions réservées Ce mode était donc le seul que le Demandeur en erreur avait par son bref d'erreur. D'après les secs. 57 et 58 du même chap. 77, les *questions élevées* au procès sont à la discrétion de la cour ; or, dans l'espèce actuelle, la cour ou le tribunal de première instance n'ayant pas cru devoir réserver à la considération de cette cour la question, la grave question, de savoir si le résultat de l'analyse chimique des matières en question, devait être connu aux jurés, eux, qui avaient déjà été saisis des matières, avant leur analyse. Cependant, d'après la section 63 ci-dessus, le Demandeur avait le droit de faire décider le mérite de cette question au moyen du bref d'erreur ; or, comment, en présence de ces faits, l'éma-

(1) Chitty, Crim. Law, Engl. Ed., p. 419, cet auteur dit : qu'un bref de *certiorari* émane dans le cas d'un bref d'erreur et fait voir que, par le bref même, *toutes* les procédures doivent être *portées* devant la Cour d'erreur : " *The tenor* of the *record* and *proceedings* within written, with *all things touching the same &c.*" p. 415, to remove into the Court of K. B., *all* the *proceedings*, *records &c.*

mation du *certiorari* pouvait-elle lui être refusée ; en lui refusant, c'est évidemment lui enlever le droit de faire connaître ses moyens d'erreur, car le Demandeur, avec le *record tel qu'il est*, est sans moyens d'erreur, ainsi pourrait-on sans cela lui rendre la justice qu'il réclame, et qu'il a droit d'avoir ? En Angleterre, comme l'on sait, les moyens ou griefs d'erreur étaient généralement pris sur les actes d'indictement. Ici, d'après notre loi, ch. 99, sec. 21 des Stat. Refondus du Bas-Canada, ces moyens sont pour ainsi dire disparus, puisqu'il n'existe aucune formule quelconque dans la rédaction des actes (indictment). Il est en outre permis, en tout état de cause, de faire des amendements aux indictements, de plus, les informalités ne vicient ni n'invalident ces actes en aucune façon. Notre législature n'a pas cependant fait main basse sur les brefs d'erreur, au contraire, il est démontré jusqu'à l'évidence, qu'elle a augmenté les moyens de griefs d'erreur, tel qu'il appert par la dite sec. 63 des Statuts Refondus du Bas-Canada, ch. 77. D'après cette section, la législature a, pour ainsi dire, donné un droit assimilé à celui d'un appel ordinaire. Maintenant, disait-il, il me sera facile de démontrer qu'il n'y a aucune formule sacramentelle à suivre ou à adopter dans la rédaction du *record of conviction*. D'abord, Archbold, Criminal Pleadings, page 163, donne pour un *record of conviction*, une formule qui est tout à fait différente de celles données par Gude, Chitty, Hand et autres ; ce qui démontre que cette formule de *record* varie selon les faits et circonstances de la cause ; ce fait est, au reste, rendu tangible par le *record of conviction* dans la cause de Mansel, 1 vol., Dearsley and Bell, p. 375, dans lequel *record of conviction* apparaissent toutes les objections faites lors du procès. Ici donc, comme partout ailleurs, l'on devait au moins faire apparaître les matières de fait se rattachant à l'issue, et comme faisant les moyens ou griefs d'erreur. Donc le rapport du bref à cette Cour est illusoire, il comporte même un mépris fait à la haute autorité qui l'a ordonné. Ainsi, cette Cour doit s'enquérir de la vérité, et elle ne peut le faire raisonnablement qu'en ordonnant la transmission de toute la procédure au moyen du bref de *certiorari*. Jusqu'alors, elle sera dans l'ombre et ignorera ce qui a été fait au préjudice des droits du Demandeur en erreur. Enfin, quant à la dernière question élevée par la motion, se rattachant aux nullités dont le Demandeur se plaint, il alléguait : Que les jurés n'avaient pas été légalement constitués, que la liste générale des jurés n'avait été déposée au bureau du greffier que cinq mois après le procès, tandis que, selon la loi, elle devait y être déposée incessamment pour l'information du public ; qu'aucune loi, ni dans nos statuts, ni ailleurs, ne démontre le contraire. Et, à

l'appui de cet allégué : Il est important, disait-il, que toutes les formalités prescrites pour la constitution d'un corps de jurés soient remplies ; et elles sont si essentielles, qu'un prisonnier peut se plaindre de la moindre irrégularité dans les formalités prescrites pour la constitution de ce corps. En effet, dans nos Cours criminelles, il y a deux juges, le juge présidant la Cour et le juré ; or, si on a tant de circonspection dans le choix du premier, si on prend tant de soin à chercher une garantie dans sa science, son intégrité et son passé, sera-t-on moins scrupuleux lorsqu'il s'agit de constituer en juge le juré qui n'a pas de garantie dans son passé, inconnu peut-être jusqu'alors, et qui aura seul, par le pouvoir qu'on lui confie, le droit de juger de la vie ou de la mort de son semblable, sans aucune responsabilité ? Le Statut Refondu, cap. 84, secs. 8, 10, 15, 17, 23 du Bas-Canada, oblige à l'accomplissement en termes positifs, de toutes et chacune des obligations et formalités qu'il impose pour la constitution ou choix du jury. Les peines rigoureuses que cette loi inflige contre un grand nombre de personnes, et particulièrement contre la personne du shérif, font voir clairement que la législature a voulu que les moindres formalités fussent observées ; ces peines sévères sont imposées contre ces personnes pour les moindres fautes ou négligences qu'ils peuvent commettre. La sec. 48 inflige au shérif un maximum d'amendes de deux cent quatre-vingts piastres, et cinquante piastres contre les personnes qui refusent de lui donner des renseignements touchant les personnes dont il doit faire choix comme jurés. Les sec. 20 et 21 statuent que les listes des jurés ne *pourront être changées* ou *altérées que sur l'ordre de la Cour*, et ce, sur plainte faite à cet effet. Il est donc évident, ajouta-t-il, qu'il n'existe et ne peut exister aucune loi qui fasse main basse sur quelqu'une des formalités se rattachant à la formation et constitution du corps de jurés, et que celles qui régissent la formation de ce corps sont pleines de sagesse. Le chapitre 99, sec. 85, des Statuts Refondus du Canada, n'a rien changé, et n'aurait pu rien changer aux exigences du dit ch. 84, *qui sont de principe*, et non de pure forme. Cette sec. 85 fait bien disparaître, à la vérité, certains défauts de forme dans l'assignation du jury, mais elle ne va pas au-delà, et elle ne pouvait y aller, car, autrement, nous tomberions dans l'arbitraire, il n'y aurait plus de sûreté pour la société, et comment, dans le cas actuel, cette sec. 85 aurait-elle pu *légaliser* les jurés assignés et pris sur la liste générale, qui n'a été déposée au bureau du greffier de la couronne que cinq mois après le procès en question, qui est une violation manifeste de la loi, et par là une injustice grave faite au malheureux condamné. Finalement, le conseil du Demandeur en erreur cita, à l'appui de ses prétentions, une

cause, dans laquelle il y avait similitude frappante avec la présente, laquelle est rapportée au 2e vol. *Parker's Criminal Reports*, page 148 ; dans cette cause, un bref de *certiorari* fut émané, et enfin le jugement infirmé, il avait donc lieu d'attendre le même résultat. Enfin résumant, il dit qu'il avait démontré : 1° Que, d'après le droit criminel anglais et nos statuts, il y avait cause à bref d'erreur, et que ce bref était légalement émané ; 2o que par aucune loi, il n'y a aucune formule *sacramentelle* à observer dans la rédaction du *record of conviction*, qu'ainsi le record de conviction devait être en harmonie avec les circonstances de la cause, et que, ne l'étant pas, il devait être amendé ; 3° que le défaut dans la constitution du jury était absolu, et que, sur le tout, la motion pour bref de *certiorari* devait être accordée, afin de fournir au Demandeur en erreur un moyen de faire valoir ses griefs d'erreur et de lui faire rendre justice.

Légaré, qui représentait la couronne, soutint que la section 85 du chapitre 99 des Statuts du Canada avait pour effet de mettre à néant les objections faites par le prisonnier, et les défauts (si aucun il y avait) se rattachant à l'assignation des jurés, vu le verdict et la sentence portée contre Barbinas : que, pour aucune des raisons mentionnées en la motion du Demandeur en erreur, le bref de *certiorari* demandé ne pouvait être obtenu.

Mondelet, Juge : Il s'agit, sur motion du Demandeur en erreur, condamné à mort, sur conviction du meurtre de sa femme, par empoisonnement, de nous prononcer sur trois questions, savoir : 1° Les notes des témoignages n'ont pas été, au procès, prises par le juge présidant la cour, mais par un étranger qui n'était pas sous serment. 2° Les jurés se sont retirés, sans qu'il soit constaté qu'ils aient été gardés dans une chambre sous clef, et sans être sous la garde d'huissiers assermentés, tel que l'exige la loi. 3° Qu'il appert aux procédés de la séance du dix-neuf mars dernier, que le nommé Moïse Forest avait été entendu comme témoin de la défense, et qu'ayant produit, devant la cour, deux bardeaux et une gazette sur lesquels avait été l'arsenic mentionné au procès, comme moyen de défense, le tout fut montré aux jurés, de l'agréement et consentement de la cour ; qu'au même instant, l'honorable juge, présidant la cour, ordonna au Docteur Larue, présent à l'audience, de faire, aux frais de la couronne, l'analyse chimique des matières contenues sur les deux bardeaux produits par le témoin Forest ; qu'en effet, l'analyse fut faite au désir de l'ordre de la cour : (Suit l'entrée faite sur les registres des procédés de la cour " *Moïse Forest produces two shingles and a news paper upon which there was said to be arsenic, court orders Doctor Larue to analyse them.*) Qu'en

conséquence de ce que dessus, l'honorable Juge suspendit la séance de la cour pendant trois heures environ, pour attendre l'analyse chimique du Dr. Larue. Que le Dr. Larue a fait l'analyse chimique ordonnée, comme dit est, a fait un rapport lequel n'a pas été ouvert et publié en cour, le résultat n'en a pas été connu aux jurés, pour la raison que le procureur de la couronne déclara qu'il n'entendait pas se servir du rapport ou entendre le témoin. Cette motion qui en est une *for diminution of the record*, est l'unique procédé devant nous; plus tard, si elle est accordée, nous pourrions être appelés à décider si les raisons d'erreur sont telles que nous les dûssions accueillir. Pour le présent, il ne s'agit que de faire compléter le record ou rapport, voilà tout. Sur le premier moyen, je pense que bien qu'il soit préférable que les notes des témoignages soient prises par le juge même, et qu'il devrait toujours le faire, néanmoins cette omission de sa part, n'est pas une chose qui doive engager cette cour à en ordonner la mention au record. Quant à la garde des jurés par des constables, ça doit se faire, mais je ne vois pas que nous devrions ordonner que mention de cela soit faite au record, nous devons plutôt présumer que tout a été régulièrement fait à cet égard. Il en est tout autrement quant au troisième moyen. Il est allégué que le rapport du record n'est pas complet, et, nommément, qu'une partie essentielle des procédés de la cour, et, entre autres, l'ordre même de la cour, que les bardeaux et la gazette produits en cour, et le contenu (savoir l'arsenic) fût analysé par le Dr. Larue, ne sont pas mentionnés au record ou rapport fait à cette cour, des procédés par le greffier de la Couronne, ainsi que le fait de la production du rapport de l'analyse chimique, et du fait que ce rapport n'a pas été ouvert et communiqué aux jurés. Il ne faut pas perdre de vue que le procédé que le Demandeur en erreur se plaint n'être pas mentionné au rapport, est un procédé de la cour même, qu'elle a adopté, ordonné de son propre mouvement, et pour l'accomplissement duquel, elle a, est-il allégué, suspendu la séance durant trois heures. Certes, si ce procédé n'en est pas un qui doive apparaître au rapport, surtout lorsqu'il a été, comme il est allégué, entré au registre même de la cour, je ne comprends plus quel moyen un prisonnier peut avoir de se faire rendre justice devant cette cour, avec un précédent dont le résultat peut être, et serait ici, de le faire monter à l'échafaud. S'il ne s'agissait que de quelque décision qu'aurait rendue la cour, ou des objections à des questions proposées aux témoins, l'on comprend, car c'est une chose élémentaire, l'on comprend que le writ d'erreur ne serait pas accueilli par cette cour. Mais ici, c'est tout autre chose. En effet, n'est-ce pas un "*substantial proceeding on the trial?*" n'est-ce pas le procédé même de la cour? Et la suspension de

la séance, durant trois heures, pour obtenir une analyse chimique, laissant, durant ces trois heures, les jurés en proie à toutes les suppositions et les conjectures imaginables quant à la quantité d'arsenic qui était tant sur la gazette que sur les bardeaux, seront-ils traités d'enfantillage, d'inutilité, de farce judiciaire? Je ne puis, pour un instant, accueillir une pareille prétention, qui, suivant moi, traiterait, aussi légèrement que cela, un ordre solennellement prononcé par une cour, durant des procédés dont le résultat doit être d'absoudre un accusé, ou de l'envoyer à la mort. Cela ne se trouve pas dans les livres, a-t-on dit, il n'y a pas de précédent! Mais cela ne se trouve-t-il pas dans la raison, dans la justice? Est-ce que les lumières de la raison que l'homme a reçues de son Créateur, ne lui révèlent pas ce qui en doit être? Incontestablement! Mais, dit-on encore, on ne mentionne jamais ces choses-là sur l'indictement, non plus que dans le record ou rapport que le tribunal inférieur fait des procédés à la Cour du Banc de la Reine, devant laquelle un condamné se pourvoit en vertu d'un *writ of error*. Soit: mais du moment que ce qui, peut-être, n'est jamais arrivé a lieu, pourquoi ne le mentionnerait-on pas? Et si on n'en fait pas mention dans le rapport, quoique ce soit entré au registre, me dirait-on qu'il faut, de propos délibéré, refuser que cette entrée au registre en vertu d'un ordre, d'un *fiat* de la cour même, apparaisse au rapport et soit soumise à la considération de la cour? Je ne puis souscrire à une pareille doctrine. Je suis d'autant plus opposé à ce qu'on ferme ainsi péremptoirement au prisonnier la porte de la justice pour lui ouvrir celle de l'éternité, en le faisant passer par l'échafaud pour s'y rendre, que sans le moindre effort d'imagination, l'on peut arriver à la supposition bien naturelle et bien raisonnable que, si le rapport de l'analyse chimique avait été produit, le jury aurait peut-être eu la preuve que toute la quantité d'arsenic constatée avoir été achetée par le prisonnier, avait été déposée sur les bardeaux et la gazette, et, par conséquent, l'arsenic qu'on a trouvé dans l'estomac analysé de la femme du prisonnier, a pu y être introduit ou par elle-même, ou par quelqu'autre personne que le mari, ou par accident quelconque. Pourquoi ne produirait-on pas le rapport au procès? L'a-t-on ouvert en secret? Que contenait-il? Etait-il défavorable à l'accusé? Il était du devoir de la couronne d'en faire usage dans l'intérêt de la société en général. S'il était favorable au prisonnier, de quel terme qualifierais-je la suppression qu'on en aurait faite? D'ailleurs, l'ordre de la cour entré au registre, partie intégrale du procès, demeurait, par là même, sans exécution. Il y en a la preuve par écrit, et on refusera d'en avoir le rapport! Je vais plus loin: n'y eût-il eu qu'un doute, un doute raisonnable à cette

occasion, c'eût été du devoir de le dire aux jurés, et à ceux-ci d'agir en conséquence. La cour, dis-je, n'aurait pas manqué de rappeler aux jurés, que, dans une semblable circonstance, je veux dire le doute, l'accusé doit être acquitté ; et un verdict de " NON COUPABLE," au lieu de celui de " COUPABLE," eût été le dénouement du procès. Cette seule considération m'effraye, et n'y eût-il d'autre raison que celle-là, elle devrait, à mon avis, être plus que suffisante pour engager cette cour, à qui on a dit qu'il n'y a pas de précédent, d'en faire un. Pas de précédent ! Mais avant le premier précédent en aucune cause ou matière, y en avait-il ? N'a-t-on pas commencé par le premier, avant d'arriver au second ? Pas de précédent ! Quoi ! on va faire étrangler un homme qui, avant d'être condamné à mort, s'est plaint à la cour de ce qu'il soumet à celle-ci et a été accueilli par un refus et une condamnation à mort, et cela parce que l'on ne trouve pas de précédent ! S'il n'y en a pas, je le dis encore, faisons en un, et ava[...] de confirmer la condamnation à mort, assurons-nous des procédés qui ont eu lieu, c'est le moyen de savoir si la conviction et la condamnation peuvent soutenir l'éclat de la lumière. Ne les laissons pas dans les ténèbres, de peur que cet infortuné ne soit privé du bienfait qu'il attend de l'influence du soleil de la justice ! Pas de précédent ! mais, n'est-il pas vrai qu'à l'occasion de la simple récusation d'un juré, et l'ordre de la cour sur ce, l'on peut se pourvoir par writ d'erreur ? Et cependant ces procédés ne sont pas entrés sur *l'indictment*, mais bien dans le registre ou le livre de procédés que tient, en cour, le greffier de la Couronne ! Va-t-on comparer ces procédés à celui dont il est question, duquel dépend le sort du prisonnier ? *If the whole record be not certified, or nor truly certified, by the inferior Court to which the writ of error is addressed, the Plaintiff in error, as well in criminal as in civil cases, may allege a diminution of the record, showing that part of the record has been omitted, and remains in the inferior Court not certified, and a* CERTIORARI *will be awarded.* (1) Peut-on, avec vérité, affirmer que tout le record a été certifié et transmis à cette cour, *and that no part of it remains in the inferior Court not certified ?* Au contraire, n'est-il pas allégué qu'une partie *substantielle* " *a substantial proceeding at the trial* " a été omise dans le rapport ? Ne suffit-il pas qu'on nous informe de cela pour nous faire une loi, surtout quand il s'agit de la vie ou de la mort d'un de nos semblables, de nous assurer du fait ? Il ne peut en résulter, d'ailleurs, aucun mal ; dans le cas contraire, le prisonnier monte à l'échafaud. Sans attribuer aux termes dans le writ d'erreur, " *you send to us, in our Court of Queen's Bench, for*

(1) Archbold's Pleading and Evidence (14 E. p. 169.)

Lower Canada, aforesaid, sitting of the city of Quebec, distinctly and PLAINLY *under your seal, the record and process aforesaid, with* ALL THINGS TOUCHING THE SAME." une signification illimitée, et par là même déraisonnable, je suis d'avis que ces mots: "*all things touching the same*" signifient "*those things which are essential and which may enable the court of error to do justice, and without which full justice might not be done.*" Ne serait-ce pas une erreur palpable, que de prétendre que les seules choses dont puisse ou doive s'occuper cette cour sont la mention de *l'indictment*, la soumission de cet acte d'accusation aux grands jurés, leur rapport, le plaidoyer du prisonnier, la fixation du procès, le verdict du petit jury, et la sentence? Et pourtant, voilà où nous conduit la prétention de la Couronne! Secouons donc, sans hésiter, la poussière des précédents. Sortons donc, au moyen de la *lumière* de la raison, des ténèbres où nous demeurions, faute de précédents, et prenons les moyens de rendre justice à celui qui l'attend de cette cour; et si, plus tard, le prisonnier a à subir la peine de mort, qu'il passe de cette vie à l'autre, la conviction dans l'âme que tous les moyens humains pour lui faire rendre justice ont été épuisés, et qu'il ne l'attend plus que de celui qui la rend toujours. Quand à cette cour, qui n'a à s'occuper que de ce qui lui est soumis juridiquement, et qui ne peut convenablement exprimer d'opinion quant à ce que doit faire l'Exécutif qui seul aura le droit d'agir à l'égard de la conviction et de la sentence de mort prononcée contre le prisonnier, il demeurera acquis à sa conscience, le fait important, qu'elle aura pris les moyens de s'assurer si le procès a été complet, et la société qui y a un droit incontestable, aura la certitude que, si on a retranché de son sein un de ses membres, on ne l'a fait qu'après s'être bien assuré que le verdict du jury ne pouvait être autre que celui qu'il a prononcé, et que l'exécution, qui suivra la sentence de la cour, aura été le résultat légitime d'un procès dont aucune partie n'a pu laisser entrevoir aux jurés un doute raisonnable, et un moyen de se rendre compte de la mort de la femme du prisonnier, autrement que par le fait de ce dernier. Je suis donc d'avis que la motion devrait être accordée. Je suis seul de cet avis: mon dissentiment devra, par conséquent, être entré.

MEREDITH, Justice: The present is, I believe, the first instance, in which a record in a criminal case, has been brought under the consideration of this court by a writ of error. The court is thus called upon, for the first time, to pronounce upon the nature and extent of its jurisdiction as a court of error in criminal cases: and although I cannot say that the case before us has presented any serious difficulty to my mind, yet considering the novelty and great importance of the subject

and the dissent just expressed by my brother Mondelet, I think it right to explain fully the reasons which induce me to concur in the judgment now about to be rendered. The main complaint of Plaintiff in error, is that a report of an analysis alleged to have been ordered by the court, in the course of the trial, was not placed before the jury, as, it is said, it ought to have been; and, in adjudicating upon this complaint, we must necessarily determine whether the whole, or any part of the evidence in the Court below, or the rulings of the presiding Judge in relation to it, can be brought under the revision of this Court, by a writ of error. Archbold, laying down the general rule respecting proceedings in error, says: "A writ of "error lies for every substantial defect appearing on the face "of the record, for which the indictment might have been "quashed, or which would have been fatal on demurrer, or in "arrest of judgment." (1) According to the foregoing authority, which agrees with what is to be found in other works on the same subject, (2) a writ of error is the proper remedy for certain substantial defects (3) *appearing on the face of the record.* It is therefore of importance to know what part of the proceedings in the Court below, ought to appear *on the face of the record* returned in obedience to a writ of error. As to this point, the answers of the English Judges to certain questions put to them by the House of Lords in the case of Mellish and Richardson, (4) may I think be referred to, with advantage, as explaining, generally, the nature of proceedings in error: although, it is to be borne in mind, those answers were given in a civil case. Chief-Justice Tindal, delivering the opinions of the Judges, in that case, observed: "The pro- "per object of a writ of error is to remove the final judgment "of the Court below for the revision of the Superior Court, "in order that such Court from the premises contained in the "record of the Inferior Court, may either affirm or reverse "the judgment, as they draw the same, or a different con- "clusion, from that which has been pronounced by the Court "below. These *premises*" (the learned Chief-Justice added) "*are the pleadings* between *the parties*: the proper conti- "nuance (5) of the *said suit* and *process*; the finding of the

(1) Archbold's Crim. Pl., Edition of 1859, p. 164.

(2) 4 Blackstone, 391 ; Archbold, Practice in Crown Office, page 20[illegible] ; Archbold Criminal Procedure, page 198.

(3) See as to certain formal defects, cap. 99, C. S. C., sec. 84, 85, pp. 1027, 1028.

(4) 9 Bingham, page 127 ; Vol. 22, E. C. L. R., page 276 ; See also Chitty's General Practice, Vol. 2, page 572.

(5) As to continuance in our Court, *vide* cap. 77, Con. Stat. L. C., Sec. 78.

" jury upon an issue, in fact, if any such had been joined; " and lastly the judgment in the Inferior Court. All the pre- " mises, from which such judgment has been derived, the " parties to the suit below have the right, *ex debito justitiæ*, " to have upon the record." And in the course of the same judgment the learned Chief-Justice further observed: " So " strictly has the law considered that the pleadings in the " suit, and the judgment proceeding thereon, shall form the " only grounds of the record, that when it was found expe- " dient that the opinion, in point of law, of the Judge who " tried the cause should be made the subject of revision by a " Superior Court, the Statute of Westminster, the second, (13 " Edward I) expressly gave authority for that purpose by a " bill of exceptions." I have not been able to find any direct or positive statement as to what should be contained in the record of a criminal case returned in obedience to a writ of error; but on reference to the forms of record in criminal cases given by the most esteemed writers, for instance Blackstone (1), Chitty (2), Gude (3), and Archbold (4), we find that they agree in substance (5), with the record before us: and, with reference particulary to the present case, I may observe that none of those forms contain the notes of evidence, or any of the rulings of the Judge at the trial. It will, also, be found, upon reference to the important cases before Courts of error, of which reports are within our reach, that no attempt, even, appears to have been made to obtain the revision by a Court of error, of any of the rulings of the Court of original jurisdiction, upon questions of evidence. In the well known case, for example, of Daniel O'Connell and others (6), in which the most distinguished members of the bar of England and Ireland were engaged, during the trial, which lasted twenty four days, a great number of objections were urged against the evidence adduced on the part of the Crown; and one of those objections was decided against the prisoners by two Judges against one (7); yet according to the reports of the proceedings before the House of Lords, no notice appears to have been taken of the objections so urged, nor of the de-

(1) 4 Blackstone, appendix. [1]

(2) 4 Chitty, Crim. Law, p. 389.

(3) 2 Gude, p. 208.

(4) Archbold, Crim. Proc., Ed. of 1852, p. 193.

(5) There is a difference as to the form in which the record is certified to the Court, but, upon this point, we have not been called upon to express, and do not express any opinion.

(6) 1 Cox, 413; See also Smith O'Briens case, 3 Cox, 361.

(7) 1 Cox, 405.

cisions respecting them; and this, it seems to me, can hardly be accounted for otherwise than by supposing that it was deemed impossible, by the eminent counsel engaged in that case, to bring such matters under the consideration of a Court of error. It may, at first sight, appear strange, perhaps even unreasonable, that, in a criminal case, the directions of the Judges to the jury, and the rulings of the Court, upon questions of evidence, cannot be brought under the consideration of the higher tribunal by a writ of error; but the impossibility of doing so under our present system of proceeding can, I think, be easily demonstrated. The directions of the Judge to the jury are given orally and, therefore, without some special provision, cannot be subjected to revision in another Court. It is true, notes of the evidences are taken by the Judge, who also enters his rulings upon objections to the evidence; but the notes of the Judge remain in his possession they form no part of the record, in any sense of the word, and therefore, even if there were no other reason, cannot be returned as part of the record. In England, *in civil cases*, where a party thinks fit to object on the ground of evidence having been improperly admitted or rejected, or on account of any misdirection to the jury, he has, under the statute in that behalf, a right to a bill of exceptions (1), by means of which the ruling or direction objected to, and the evidence, so far as necessary, are reduced to writing, and thus, in effect, made part of the record, so that the ruling or direction impugned may be subjected to revision by a writ of error. In cases of of Treason and Felony there cannot, it is certain, be a bill of exceptions (2): there is therefore, in such cases, no mode of causing the rulings of the Judge upon questions of evidence, or his directions to the jury, to be made part of *the record;* and consequently it is simply impossible to have such rulings or directions of the Judge during the trial reviewed under a writ of error. (3) It is true, as has been observed by my brother Mondelet that the improper allowance or disallowance of a challenge may be taken advantage of by writ of error, but strictly speaking there ought to be an answer in law or in

(1) As to proceedings in Civil Cases in L. C., *vide* secs. 33, 34, 35.

(2) Archbold, Crim. Pl., page 148, "In cases of Treason and Felony a Bill of exception has never been allowed." As to cases of misdemeanor. See D. & B. page 412, and particularly *errata et addenda*, p. XII, where Lord Campbell is reported to have decided against granting bill of exceptions, even in case of misdemeanor.

(3) Grady and Scotland, Practice of the Crown Office, page 333. In cases of Treason and Felony there can be no writ of error, in respect to objections in law raised at the trial, the provisions of the 13 Ed. 1, C. 31, as to the tendering of bill of exceptions, not applying to such cases; vide, also, 1st Chitty Criminal Law, p. 622.

fact to the challenge, and a judgment upon the issue raised. When, therefore, the proceedings upon a challenge are regular there can be no difficulty as to their being returned as part of the record, so as to be reviewable under a writ of error; and where the proceedings upon a challenge have not been regularly made a part of the record, although they may have been returned as such, the weight of authority seems to be in favour of the opinion that they cannot be made ground for a writ of error. (1) From these general remarks, as to the proceedings that ought to make part of the record in a criminal case, I now pass to the consideration of the particular matters respecting which the plaintiff in error desires the record before us to be amended. The first objection urged, is as to the manner in which the notes of evidence were taken at the trial. This, however, is not a matter upon which we can be called to adjudicate: inasmuch as the notes of the learned Judge of the Court below, as has been already observed, form no part of the record, and therefore cannot, *for any purpose*, be brought before us under Writ of Error. All the Judges agree in considering this point as free from difficulty: but as it has been raised, I may, in order to prevent misapprehension, observe, that although it is doubtless usual for the Judge, presiding in a criminal case, to take notes of the evidence himself; yet that there is nothing in the law the prevent him from having the notes of evidence taken in the writing of another person, where he finds it necessary to do so; and I myself have seen this done in several instances. The second objection urged by Plaintiff in error, is, that it does not appear that the jurors when the retired at the Judge's charge, where in the custody of sworn constables. This, also, is a matter which all the Judges agree in [illegible]ing, need not appear on the face of the record. The precautions taken for the safe keeping of the jury are of course noted by the clerk in the register; but they form no part of what is technically known as the record. Moreover, it is no part of the duty of a Court of error to determine upon the sufficiency or insufficiency of those precautions. It is for the presiding Judge, with the assistance of the officers of the court, to exercise his discretion as to the means to be taken for the safe keeping of the jury; and in doing so he may, and indeed must, taken into consideration the situation and construction of the room in which the jurors are placed, and other local and special circumstances —circumstances about which a court of error, as such, can have no knowledge. The third objection urged by Plaintiff in

(1) See opinion of Willis J., and Barons Bramwell and Channel, in Mansels's case, D. & B., 420, 422, 425.

error has reference to a report of an analysis made, it appears, in the course of the trial by Dr. Larue. This is the point upon which unfortunately the judges of this court are divided; and yet it seems to me, I say it with all deference, that, agreeing as we do with respect to the remainder of the case, there ought not to be any difference of opinion here. According to Plaintiff in error, the report of Dr. Larue ought to have formed part of the evidence. But if, as is admitted by all the judges, we are not to have before us the notes of the judge, which contain the main body of the evidence, why should we have the report of Dr. Larue, which could not be produced at all, except as forming part of the evidence. Dr. Larue, it seems, analysed something found upon two shingles and upon a newspaper. But to what purpose ascertain whether the matter on the shingles and newspaper was arsenic, unless we have, at the same time, the judge's notes to show whether the matter so analysed, was ever in the possession of the prisoner. Again, to what purpose ascertain the quantity of arsenic found on the shingles and newspaper, unless we have the notes of the judge to show, what quantity of arsenic was traced to the possession of the prisoner. If it be said that what is wanted, is not the report of Dr. Larue, but the entry said to have been made respecting it, in the register of the Court below: that would make the matter, if possible, plainer still; for what end could be attained by the production of the mere entry in the register respecting the report, without the report itself, and without the evidence of which the report, it is contended, ought to have formed a part. The learned judge, who presided at the trial, might, of course, have been asked to reserve a question for the consideration of this court, as to the right of the prisoner to have the report in question placed before the jury; and if there had been any room for doubt, as to the right of the prisoner in that respect, the application would we may feel confident, have been acceded to: and then, if necessary, we could have had not only the report, but the whole of the evidence before us: not indeed as part of the record, but as part of the case reserved and submitted. No such application was made and I am clearly of opinion that by a reserved case, only, could evidence in the court below, including the report in question, and the rulings of the learned judge, in relation to it, be properly brought under the consideration of the judges of this court. Before leaving this branch of the case, I may observe that no case has been cited, or so far as I know can be cited, in which a writ of error was ever allowed in England or Ireland, on account of matters such as those in relation to which the Plaintiff in error desires the return before us to be amended. It has however been said

that if there be no precedent for the granting of an application such as the present, we ought to make one. That proposal, however, is not likely to receive the sanction of this court: because we could not give it effect without exceeding the limits of our jurisdiction, and arrogating to ourselves powers to which we have not even the semblance of a just claim. The unreasonableness of allowing a right of appeal in any civil case of importance, and yet of refusing the same right in criminal cases, even where life is involved, has been very strenuously pressed upon our attention. But this, it is obvious, is a matter for the consideration of the Legislature. Our duty is to apply ourselves to ascertain the extent of the powers confided to us, and then to discharge, to the best of our ability, the duties which accompany those powers. It is however satisfactory to us to know that, as to the matters under consideration, Her Majesty's subjects in Lower Canada, have the same means of obtaining justice in criminal cases, that are afforded to their fellow subjects in the mother country. Here, as in England, "substantial defects, appearing on the face of the record," may be reviewed under a writ of error. Here, as in England, the court trying a case, may, in its discretion, reserve "any question of law which has arisen on the trial" for the consideration of a higher court. But neither here, nor in England, is the right of appeal allowed to the same extent in criminal cases, as it is in civil cases. Whether the law ought to be changed in this respect has been much discussed in England. In the year 1848, the House of Lords appointed a committee to consider a bill called, "The criminal law amendment bill;" and in the course of the proceedings before that committee, Lord Lyndhurst, Lord Brougham, Lord Denman, (then chief-justice of the Queen's Bench) chief Baron Pollock, and eleven other members of the English Bench (1) stated very decidedly their opinion against an appeal in criminal cases. Since that time several bills have been introduced in the imperial Parliament for the purpose of giving an appeal in cases of treason and felony; but it appears only one of those bills was allowed to advance beyond the first reading, and, as I believe, the last two bills on this subject, namely those of 1860 and 1861, were thrown out without a division. I think therefore it may be safely said that, in England, not only the weight of authority, but public opinion, is in favour of the existing law. Whether a change in our law on this subject is desirable, is, as I have already said, a matter

(1) Namely, Judges Coleridge, Patterson, Wightman, Erle, Coltman, Maule, Cresswell, Williams, Barons Rolfe, Alderson and Parke.

The witnesses in favour of the allowance of an appeal in criminal cases were Sir F. Kelly and M. Green.

for the consideration of Parliament: and I should hardly have deemed myself justified in alluding to it, as I have done, had it not been for the opinion expressed by my brother Mondelet, as to the necessity of bringing this subject (the importance of which cannot be overrated) under the consideration of the Legislature. Returning then from this, I trust excusable digression, to the case before us, after devoting to it the most careful consideration, I have come to the conclusion that we cannot cause any amendment, or entry of any kind to be made in the record, respecting the matters of which the Plaintiff in error complains, and I therefore think his motion must be rejected; not merely however (as has been represented) because we cannot find a precedent to justify us in granting it; but because the matters sought to be brought under our notice, are clearly beyond our jurisdiction.

DUVAL, Justice: In this case, the party has clearly mistaken his remedy. We do not exercise the powers of a court of Appellate jurisdiction, our's is a limited jurisdiction. We are confined to errors apparent on *the face* of the record, we cannot consider errors extrinsic from the record. Of the errors assigned in argument in support of the motion, not one appears on the face of the record. In a civil case, in virtue of a comparatively recent statute, the party may file a bill of exceptions, stating at length the errors he complains of, this bill of exceptions is annexed to the record, and sent up with it. By means of it, the errors complained of may be brought under the consideration of the court above. In cases of felony, the bill of exceptions is unknown to the law of England. Therefore, however well founded might be the errors complained of, a writ of error could afford the prisoner no relief. On this head there ought to be no difference of opinion; for not a single book of authority, not an opinion or dictum of an english judge or lawyer can be referred to expressing the slightest doubt on the subject. We may with confidence refer to books of practice, where will be found the requisites of a record as made up in England, and sanctioned for more than a century without a dissenting voice. I therefore repeat what I have above stated, and what is decisive of the question: on a writ of error, our powers are limited, we must confine ourselves strictly to the errors apparent on the face of the record. Had we the powers of a court of appelate jurisdiction, we might call for a return very different from that now before us. Such appellate jurisdiction we have not, and when, a few years back, an attempt was made to obtain a law of the imperial parliament, allowing such appeal, it met a decided opposition from some of the most eminent and experienced men in the

profession. La motion pour *certiorari* fut renvoyée par la majorité des juges présidant la cour. Le juge MONDELET s'exprima en faveur de la motion pour *certiorari*, comme il l'avait fait en faveur de la motion pour un nouveau rapport au bref d'erreur, de même qu'il avait formellement donné son dissentiment et sa non-participation au jugement rendu le 19 décembre 1863, confirmant le jugement de la cour de première instance, et ordonnant que le condamné fût remis sous la garde du shérif du district d'Arthabaska, jusqu'à ce qu'il en fût déchargé. Vu le rejet des deux motions susdites, l'avocat du prisonnier déclara que, puisqu'il en était ainsi, *il ne pouvait produire ses griefs d'erreur*, pour les raisons exprimées dans les deux motions, savoir : celle pour un nouveau rapport au bref d'erreur, et celle pour *certiorari*. Lors du jugement sur la motion pour *certiorari*, le 18 décembre 1863 : Le juge en chef a exprimé le regret de ce qu'au terme de cette cour, tenu en juin dernier, personne n'ait comparu, pas même de la part de la couronne. Que cette abstention, de la part de la couronne, de comparaître ainsi, au susdit terme, était de nature à faire naître, dans l'esprit du malheureux condamné, l'espoir qu'il aurait *au moins* la vie sauve. Il est donc à espérer que cette circonstance sera prise en considération par le gouvernement exécutif, avec d'autres circonstances qu'il sera probablement appelé à peser.

Le jugement final est comme suit : "TALBOT, being called upon to assign errors, as ordered to do by the court, declares that he has no error to assign. LÉGARÉ, on behalf of our Sovereign Lady the Queen, moves that, inasmuch as Plaintiff in error hath refused and neglected to assign his errors as he was required to do by the peremptory order given by the court, on the eighteenth day of December, instant, he plaintiff in error be non-suited, and further that this Honorable Court do award execution. Whereupon, all and singular the premises being considered, and it being understood by the Court of our Lady the Queen, now here, that no one cometh on the part of Pierre Duval dit Barbinas, to assign errors as ordered by this court, and seeing the declaration made in open court, on behalf of Pierre Duval dit Barbinas, that he will not assign errors : it is considered and adjuged by the court, now here, that there is no error, either in the record or proceedings, or in the giving of the judgment aforesaid. Therefore, it is considered and adjudged, by this court, that the judgment aforesaid be in all things affirmed and stand in full force and effect : and thereupon it is ordered that the keeper of the common gaol of this district do deliver up the said Pierre Duval dit Barbinas to the custody of the Sheriff of the district of Arthabaska, to be by him detained until discharged

in due course of law. *Dissentiente* the Honorable Mr. Justice MONDELET." (14 *D. T. B. C.*, p. 52.)

TALBOT et TOUSIGNANT, pour le Demandeur en erreur.

LÉGARÉ, pour Notre Souveraine Dame la Reine.

BILLET DONNE EN SUS D'UNE COMPOSITION.

CIRCUIT COURT, Montreal, 30th December, 1863.

Coram LORANGER, J.

PERRAULT *vs.* LAURIN.

Held: That an agreement by which a debtor gives his creditor a promissory note in consideration of the creditor agreeing to sign a composition deed between the debtor and his creditors whereby the debtor is discharged on payment of a part of his debt, the note given being in excess of the amount of the composition, is valid. (1)

The action was to recover a sum of $19.50, amount of a promissory note. The plea was to the effect that all notes due by Defendant to Plaintiff had been paid by a composition deed between them of date the 5th March, 1862, (Garand, N.P.), and a discharge of the same date before the same notary.

LORANGER, J.: An important question arose in this case. The Defendant had become insolvent, *en état de déconfiture*, and had made an assignment of his effects to his creditors. A composition was then effected, by which he agreed to pay seven shillings in the pound by instalments. The Plaintiff consented to accept this composition, on condition that Defendant gave him a note for an extra payment of five shillings in the pound. The composition was signed, but the note was not signed till a subsequent period. The Plaintiff sued on this note, and Defendant pleaded that the agreement was null *de plein droit*, because Plaintiff had consented to the composition. The general question presented itself whether agreements of this nature, made after a party had become insolvent are legal, or whether they are against public order. The question had come up in

(1) Un billet promissoire donné à un créancier, pour la balance de sa créance, en considération de ce qu'il a signé un acte de composition, est nul. (*Blackwood* vs. *Chinic*, C.B.R., Québec, 1809, 2 R. J. R. Q., p. 135.)

Un billet promissoire, donné par un débiteur insolvable à l'un de ses créanciers, pour l'engager à signer, avec ses autres créanciers, un acte de composition, n'est pas nul vis-à-vis du débiteur qui en doit le montant, comme partie d'une dette antérieure ; les créanciers seuls pourraient invoquer cette nullité s'ils en éprouvaient quelque préjudice. (*Greenshields et al.* et *Plamondon*, C.B.R., Montréal, 1er juin, 1860, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., (dissident) DUVAL, J., et C. MONDELET, J., *renversant le jugement de C. S.*, Montréal, 31 mai, 1859. BADGLEY, J., qui avait jugé que le débiteur pourrait faire déclarer ce billet nul. 7 R. J. R. Q., p. 484 et 495. V.) art. 989, 990 et 1032 C. C.

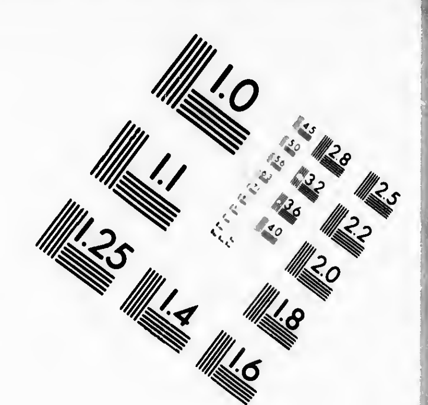
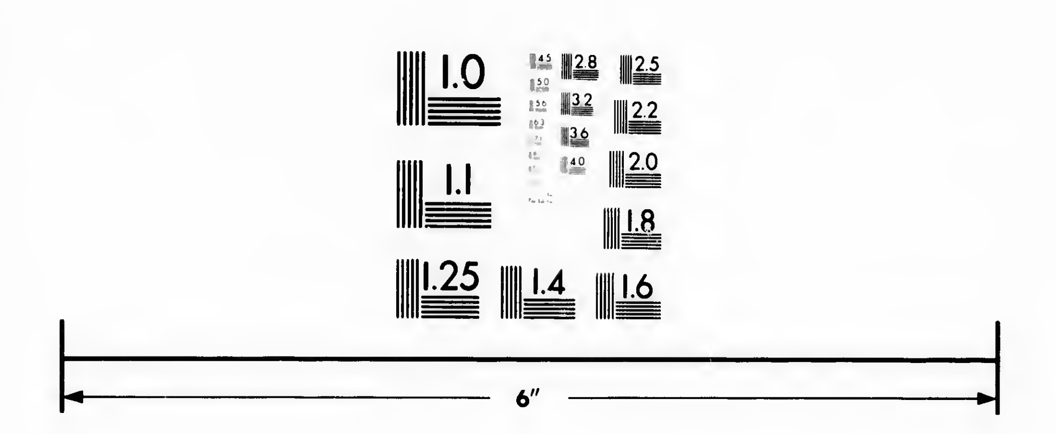


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)




2.8
2.5
3.2
2.2
3.6
2.0
1.8
1.0

the case of Greenshields against Plamondon, in the Superior Court, and it was there held that a note given by an insolvent debtor to a creditor in contemplation of a deed of composition, and as a preference to such creditor, without the knowledge of the other creditors, was null and void. The reasons for the judgment in that case were that, at the time of the making and delivery of the note to Plaintiff, the Defendant was insolvent, and had made a composition with his creditors, which agreement of composition was shortly afterwards carried into effect, the Plaintiff being a party to it, and agreeing to take ten shillings in the pound. It was held that the consideration of the note was included in the sum for which the composition was effected, and the note was fraudulently taken. The Superior Court, therefore, dismissed the Plaintiff's action, holding that agreements of this nature were null and contrary to public order, and the interests of commerce. That one creditor should not be preferred over another, the property of the debtor being common to all. On the other hand, it was contended that the other creditors had no right to complaint, that their security was not diminished by the fact of the debtor binding himself to pay an additional sum, not from the property assigned, but from moneys which he might earn by his future labour, or acquire subsequently in other ways. As to the question of public order, it was said that here we had no bankrupt law. A debtor might make his own terms with his creditors, and if he promised to pay one an extra sum it was nothing to the others. The Court of Appeals had reversed the judgment of the Superior Court, in the case of Greenshields and Plamondon, reasoning in an entirely different way from the Court below. His Honour was of opinion that these agreements should be declared null by statute, but in the absence of special legislation on the matter, the Court must be governed by the decision of the Court of Appeals, and judgment must go in favour of Plaintift. Judgment for Plaintiff. (8 *J.*, p. 195 and 14 *D. T. B. C.*, p. 85.)

LORANGER and LORANGER, for Plaintiff.

DENIS and TRUDEL, for Defendant.

FOREIGN JUDGMENT.—INTEREST.

CIRCUIT COURT, Montreal, 23rd May, 1864.

Coram MONK, J.

CHAPMAN *vs.* GORDON.

Held: That, in an action upon a foreign judgment "assessing the "damages of Plaintiff, on occasion of the not performing of the pro- "mises within mentioned, over and above his costs and charges by "him about his suit in this behalf expended to £26 7s 2d damages;" proof *aliunde* of such promises is required, and interest will be given from the date of such judgment. (1)

By his declaration, Plaintiff alleged that, by a judgment rendered in the County Court, in and for the County of Elgin, in that part of this Province, heretofore called Upper Canada on the 16th March, 1848, Plaintiff obtained a judgment against Defendant for £37 13s 7d with interest thereon, from the said date. The Defendant made default. By said judgment, "it is considered that Plaintiff do recover against Defendant, "his damages, costs, and charges by the Jurors aforesaid, in "form aforesaid, and also £11 6 5 for his said costs;" but no interest whatever is mentioned. On the 30th April, 1864, the cause which had been inscribed for judgment was discharged from the *délibéré*, to afford Plaintiff an opportunity of proving the cause of action founded on this foreign judgment. "It is considered and adjudged that Plaintiff do recover from Defendant the sum of £37 13 7, to wit, the sum of £26 7 2, amount of the judgment obtained in the county court, in and for the county of Elgin, in that part of this province heretofore called Upper Canada, on the 16th day of March, 1858, by Plaintiff against Defendant and Thomas Gordon, and £11 6 5, costs taxed upon said judgment, with interest upon the sum of £37 17 7, from the 16th March, 1858, until actual payment, and costs of suit. (8 *J.*, p. 196.)

ABBOTT & DORMAN, attorneys for Plaintiff.

(1) V. art. 42 B, 42 C et 42 D C. P. C. et art. 1067, 1070 et 1077 C. C.

SAISIE MOBILIERE.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 19 janvier, 1864.

Présent : STUART, Juge.

BUSSIÈRE *vs.* FAUCHER.

Jugé : 1° Que le grand constable n'est pas un *recording officer*, et n'est pas obligé d'avoir un bureau pour les devoirs de sa charge.

2o Qu'une saisie ne peut être annulée parce qu'elle aurait été faite dans les limites du Palais de Justice, en dehors de l'audience.

3o Que le cap. 85, sec. 3, sous-sec. 6 des Stat. Ref. du B. C. ne s'applique qu'aux outils des ouvriers nécessaires à l'exercice de leur métier. (1)

Le Demandeur ayant obtenu jugement contre le Défendeur, grand constable pour le district de Québec, fit émaner une saisie exécution, et saisit, en vertu d'icelle, certains effets que le Défendeur avait dans un bureau dans le Palais de Justice à Québec. Le Défendeur fit opposition à cette saisie et en demandait la nullité : 1° Parce que la saisie avait été pratiquée dans un bureau public, savoir, dans le bureau de l'Opposant, grand constable du district de Québec, 2° parce que la saisie avait été faite dans les limites du Palais de Justice, et 3° parce que les effets saisis, étant d'une valeur au-dessous de $30.00, étaient exempts de saisie d'après la 3e sect. du cap. 85 des Stat. Ref. du Bas-Canada.

HAMEL, pour l'Opposant : L'on doit observer dans les saisies exécutions, comme dans les ajournements, les règles prescrites par l'ordonnance de 1667, et reproduites par les auteurs qui l'ont commentée ; ainsi l'on ne peut faire un ajournement ni dans une église, ou dans un auditoire. L'on ne saurait d'ailleurs établir un gardien dans un bureau public, où tous doivent avoir accès en tout temps. (2)

BOSSÉ, pour le Demandeur : L'opposant n'est pas tenu, par sa charge, d'avoir un bureau, qui n'est pas même nécessaire à l'exercice de ses fonctions. (3) Les arrêts cités par Jousse ne peuvent avoir aucune application à la présente espèce : ils ne parlent en effet que d'ajournements faits dans une église ou dans un auditoire. Le motif qui les a dictés a été la crainte du scandale, et le respect dû au culte et à la justice. D'ailleurs, il faut appliquer ici le principe général que les biens du débiteur peuvent être saisis en quelque lieu qu'ils se trouvent, et il

(1) V. art. 556 C. P. C.

(2) Jousse, Com. sur l'ord. de 1667, vol. 1, pp. 127 et 128 ; Idem vol. 2, p. 318.

(3) 1 Burn's Justice, p. 539.

n'existe aucun texte de loi qui puisse y faire déroger en la présente cause. (1)

STUART, Justice: There can be no doubt as to the decision of this case. The high constable is not a recording officer, and his duties do not require that he should occupy or keep open a public office in the Court house. The government allow him to occupy a room in the Court house free of rent, it is no reason that he should, on that account, be entitled to all the rights, privileges and exemptions accorded to public officers, such as the prothonotary or the clerk of the Crown, whose duties might be compared with those of english recording officers. There are other reasons set forth in the opposition, but they are not valid, the opposition must therefore be dismissed. (14 *D. T. B. C.*, p. 87.)

BOSSÉ et BOSSÉ, pour le Demandeur.

TESSIER, ROSS et HAMEL, pour l'Opposant.

CAPIAS.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 décembre 1863,

Before: SMITH, Justice.

DEBIEN *vs.* MARSANT DIT LAPIERRE.

Jugé: 1° Que, dans un affidavit pour capias, la dette est suffisamment énoncée s'il est dit que le Défendeur est endetté envers le Demandeur en une somme de £39, sans indiquer la cause de la dette ou l'endroit où elle a été contractée.

2° Que les raisons de croire du déposant sont suffisamment énoncées par une allégation dans l'affidavit à l'effet que le Défendeur avait dit au déposant, dans un endroit et à une époque indiqués, qu'il était sur le point d'aller en Californie, un des Etats-Unis de l'Amérique, pour y faire de l'argent, et avait requis le déposant de lui procurer de l'argent pour le voyage, et en répétant cet avancé à d'autres personnes nommées dans l'affidavit.

A writ of *capias* was sued out founded on the affidavit of Plaintiff: "Que le dit Antoine Marsant dit Lapierre est en-"detté envers le Demandeur en une somme excédant quarante "piastres, c'est-à-savoir, en une somme de trente livres, cours "actuel," saying nothing more as to the debt. The grounds of Plaintiff's belief were stated to be that, on a day and at a place named, Defendant had said: "Qu'il, le dit Marsant, "allait partir pour la Californie, c'est-à-dire, un des Etats-"Unis de l'Amérique, pour gagner de l'argent, et qu'il, le dit "Marsant, lui a même demandé de lui procurer de l'argent

(1) 7 Pothier, Procédure Civ., p. 175; Carré, Proc. Civile, sur l'art. 68, Code de Procéd., et les citations qu'il y fait.

"pour payer son passage." And that he, Defendant, afterwards repeated this to several persons named. The Defendant moved to quash the *capias* for the following among other reasons. 1st. Because it was not mentioned, in the affidavit, where the debt was contracted, so as to shew that the court had jurisdiction. 2o. Because the nature and cause of the debt was not disclosed. 3o. Because the reasons given were insufficient to sustain the *capias*.

SMITH, Justice: Referred to the above grounds and held that it was sufficient, under the law of arrest as it now stands, to swear that the Defendant was personally indebted in a sum exceeding ten pounds, currency. As to the place where the debt was created, the Defendant must make that a ground of petition for his discharge. He held the grounds given in support of Plaintiff's belief sufficient, and the motion could not be granted. (14 *D. T. B. C.*, p. 89.)

MORIN, OUIMET and CHAPLEAU, for Plaintiffs.

LORANGER and LORANGER, for Defendant

SYNDICS DES CHEMINS A BARRIERES.

SUPERIOR COURT, Québec, 14 octobre 1863.

Before: TASCHEREAU, Justice.

ANDERSON, Plaintiff, *vs.* THE QUEBEC NORTH SHORE TURNPIKE ROAD TRUSTEES, Defendants, and THE QUEBEC BANK, Garnishee.

Jugé: Que les Syndics des Chemins à Barrières de la Rive du Nord sont les agents de la Couronne, et que les meubles ou immeubles possédés par eux appartiennent à et sont la propriété de la Couronne.

By a judgment of the court rendered on the 3rd of May, 1862, Plaintiff recovered judgment against the Turnpike Trust, the Defendants, for the sum of £1750, and costs, and, on the 14th of June following, the usual *saisie-arrêt*, or execution, issued after judgment at the instance of Plaintiff, to attach, by seizure and arrest in the hands of the Quebec Bank, all and every the sums of money and other things whatsoever which the Quebec Bank might then or thereafter owe to the Quebec North Shore Turnpike Road Trustees, the Defendants, and commanding Defendants and the garnishee to appear and show cause, if any they had, why the attachment made in virtue of the writ of *saisie-arrêt* should not be declared good and valid; on the return of the writ, the Cashier of the Quebec Bank appeared and declared that, at the time of the service of the writ, the Quebec Bank was indebted to Defen-

dants, in the sum of $5386.74. The Defendants contested this declaration, alleging that the money which the Quebec Bank had declared to be due Defendants, was deposited by them in the Quebec Bank, in their quality of Trustees, but belonged to Her Majesty the Queen for the public uses of the Province; that, by two separate ordinances of the Legislature passed respectively in the fourth and twentieth years of Her Majesty's Reign, Defendants were authorized to acquire property and estate moveable and immoveable, which, being so acquired, should be vested in Her Majesty for the public uses of the Province. That the sum of money declared to be due by the Quebec Bank having been acquired by Defendants, was vested in Her Majesty and was not liable to attachment. The Plaintiff demurred to this contestation: "Because the contes-" tation rests on the right of the Crown to the monies admit-" ted to be due by the Bank, and not on any right in the " party contesting: Because the contestation shows no interest " in the contesting party to have the same maintained: Be-" cause the contestation is based wholly on a *droit d'autrui*: " Because the issue raised by the contestation could only " legally be raised by the Crown."

TASCHEREAU, Juge: Le Demandeur poursuivit les Défendeurs, obtint jugement et procéda par voie de saisie-arrêt entre les mains de la Banque de Québec. La Banque de Québec a comparu et a déclaré avoir une somme de $5386.74, appartenant aux Défendeurs. Les Défendeurs ont contesté cette déclaration alléguant que l'argent appartenait à Sa Majesté. Le Demandeur a répondu à cette contestation par une défense au fond en droit, que les Défendeurs n'avaient pas d'intérêt à contester, et qu'en contestant ils excipaient du droit de Sa Majesté. Je crois que la position du Demandeur est insoutenable. Les Défendeurs ont tout intérêt à montrer que l'argent ne leur appartient pas; si l'on regarde leur Acte d'Incorporation, 4 Vic., Cap. 17, l'on verra que les Défendeurs ne sont que les agents, les fidéicommissaires de Sa Majesté. Les Défendeurs n'excipent pas du droit d'autrui; ils ne peuvent avoir d'autre argent que ce qui appartient à Sa Majesté; leur Acte d'Incorporation le dit en termes directs, et ils ont tout intérêt à empêcher que ces argents soient dépensés d'une manière contraire à la disposition de la loi. JUGEMENT: "Considérant que les Défendeurs ont non seulement un intérêt. mais même sont sous une obligation impérieuse, en vertu de leur office, de voir à ce que les deniers saisis et arrêtés en cette cause, ne le soient que d'une manière légale, et leur paiement effectué aussi conformément à la loi; considérant que, par la loi, tous les biens meubles et immeubles en la possession des Défendeurs sont la propriété de Sa Majesté, et que, comme

tels, les dits biens ne pouvaient être saisis et arrêtés en la manière et forme suivies, et, qu'en autant, les Défendeurs, sans exciper des droits d'autrui, peuvent légalement contester la déclaration des tiers-saisis, et, par leur contestation, indiquer que les deniers déclarés par les tiers-saisis, sont la propriété de Sa Majesté, et ne pouvaient être saisis en cette cause. La Cour renvoie la défense au fond en droit du Demandeur à la contestation faite par les Défendeurs de la déclaration des tiers-saisis. (14 *D. T. B. C.*, p. 90.)

ALLEYN and ALLEYN, for Plaintiff.

STUART and MURPHY, for Defendants.

COMMISSAIRES D'ECOLES.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 25 novembre, 1863.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

LES COMMISSAIRES D'ECOLES POUR LA MUNICIPALITÉ SCOLAIRE DE ST-ROCH DE QUÉBEC NORD, Demandeurs, *vs.* ROUSSEAU, Défendeur.

Jugé : Que le rôle des évaluations d'une municipalité doit être déposé pour revision dans les limites de la municipalité qu'il affecte. (1)

Les Demandeurs réclamaient du Défendeur, comme propriétaire dans leur municipalité scolaire, la somme de £20 12 3, portée contre lui au rôle d'évaluation fait et assermenté le 17 juin, 1863. La cotisation était imposée à raison de quatre sous dans le louis sur la valeur de la propriété du Défendeur, estimée à £2475. Les Demandeurs alléguaient qu'une résolution en conseil du 21 août, 1863, les autorisait à réclamer en justice les sommes dues aux commissaires en vertu du rôle d'évaluation mentionné ci-haut. Le Défendeur répondit que les Demandeurs n'avaient point une existence légale ; qu'ils ne pouvaient pas ester en jugement sous les qualités et les noms pris au bref ; que la cotisation ou répartition de quatre sous dans le louis sur la valeur des immeubles situés dans la municipalité scolaire était excessive, illégale et excédait le taux autorisé par la loi ; et que la cotisation ou répartition avait été illégalement et irrégulièrement faite. Il résultait des faits prouvés que le rôle d'évaluation avait été déposé pour revision en dehors des limites de la municipalité.

BOSSÉ, pour les Demandeurs : Il n'y a et ne peut y avoir de nullité que celles prononcées par la loi, en cette matière l'on ne peut raisonner par analogie ni *ab inconvenienti*, et si le sta-

(1) V. art. 2131 S. R. Q.

tut ne prononce pas la nullité, ce qu'il est loin de faire, le juge ne peut la prononcer non plus, et s'il le faisait, il dépasserait ses pouvoirs.

TASCHEREAU, Juge : Quoiqu'il n'y ait pas de clause expresse du statut des municipalités ordonnant le dépot du rôle d'évaluation dans les limites de la municipalité pour laquelle il a été fait, cette obligation ressort néanmoins des clauses qui ordonnent le dépot du rôle. Le but de cette disposition a dû être de faciliter l'examen du rôle à tous les intéressés, et de leur permettre les réclamations qu'ils pourraient avoir à faire, et ce but serait entièrement manqué si le rôle pouvait être déposé en dehors des limites de la municipalité, et, partant, dans un endroit où il pourrait être inaccessible aux intéressés. JUGEMENT : Action renvoyée, sauf à se pourvoir. (14 *D. T. B. C.*, p. 93.)

BOSSÉ et BOSSÉ, pour les Demandeurs.

CASAULT, LANGLOIS et ANGERS, pour le Défendeur.

PROCEDURE.—ARTICULATION DE FAITS.

SUPERIOR COURT, Quebec 4 avril 1863.

Before TASCHEREAU, Justice.

THE QUEBEC BANK *vs.* ROLLAND *et al.*

Jugé : Qu'une motion pour rejeter une articulation de faits doit être présentée à l'enquête. (1)

On the 1st April, 1863, Defendants, by their attorney, moved that the interrogatories numbers three, four and five of Plaintiff's articulation of facts, be declared irrelevant to the issue raised in the cause.

TASCHEREAU, Justice : This is a motion to reject certain parts of Plaintiff's articulation of facts. Upon consultation with Judge STUART, we have come to the conclusion that all such motions ought to be presented at *enquête*. JUDGMENT : Take nothing by motion. (14 *D. T. B. C.*, p. 95.)

HOLT and IRVINE, for Plaintiff.

CASAULT, LANGLOIS and ANGERS, for Defendants.

(1) V. art. 208 C. P. C.

TEMOINS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31 décembre 1863.

Before SMITH, J.

DILLON *vs.* HARRISON *et al.*

Jugé: Que sous les dispositions des 14me et 15me secs. du Stat. Ref. du B. C., cap. 82, un défendeur poursuivi personnellement, et comme autorisant sa femme, défenderesse à l'action avec lui, peut être examiné comme témoin de la part du demandeur. (1)

This action was brought against Eliza Harrison, formerly widow of William M. Browne, and now wife of Harry Seymour, separated from him as to property, and also against the husband, personnally, and as authorizing his wife, and against E. A. B. Browne wife of George J. E. Carter, separated as to property from her husband by marriage contract, and against Carter, as authorising his wife, and as curator *ad hoc* duly appointed to his wife, and also personnally. The female Defendants pleaded separately; the husbands were foreclosed from pleading. The inscription for *enquête* was general. At *enquête*, Carter was brought up as a witness on behalf of Plaintiff, and was asked whether and exhibit filed was signed by him as attorney for his wife. An objection was made to his examination on the ground that Mrs. Carter was a Defendant in the cause, and that a husband could not be examined for or against his wife, and because, in a non commercial matter, a power of attorney could not be proved by parol evidence. The objection as to the incompetency of the husband as a witness was maintained, and a motion was made to revise the ruling.

SMITH, Justice: Held that the clauses of the statute (2) did not allow a husband or a wife to be called or examined as a

(1) V. art. 1231 C. C. et 252 C. P. C.

(2) In *Ogilvie* vs. *Anderson* which was an action *en séparation de corps et de biens*, still pending, the Defendant, the husband, summoned the wife to examine her. The Plaintiff's counsel objected, but the court [SMITH J.] decided she could be examined.

Consol Stat. of L. C. cap. 82, secs. 14 and 15: Section 14.—"All the relations and connections of the parties, except husband and wife, may be witnesses in civil matters, to depose in favor of or against them, notwithstanding the eleventh article of the twenty second title (*enquêtes*) of the ordinance of 1667, which is hereby expressly repealed, inasmuch as it regards degrees of relationship only;" etc. Section 15.—"Any party in a cause may be summoned and examined as a witness by any other party in the same cause, and the party so summoned and examined, may be cross-examined as a witness by his own attorney, if he be so represented; and the evidence given by any such party may be made available to the party obtaining it, or not, as he thinks proper, provided he declares his intention, at the close of his *enquête*, to avail himself of such evidence or not; but no such evidence shall be turned to the advantage of the party giving it."

witness for or against each other, when one of them was a party to a suit; but that where they were both parties, each could be examined for the opposite party. Ruling at *enquête* reversed. (14 *D. T. B. C.*, p. 96.)

PARKIN, for Plaintiff.

GIROUARD, for Defendant.

SOCIETE.—PARTAGE.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 31 décembre 1863.

Présent : BERTHELOT, Juge.

AUBRY *et ux. vs.* DENIS *et al.*

Jugé: Qu'une société formée pour l'usage et exploitation privée d'un moulin à battre est dissoute par la mort d'un des associés, et que les représentants du défunt ont droit d'en demander la vente, ou que les autres associés leur paient la valeur de la part qu'y avait l'associé décédé.

La demande portée devant la Cour de Circuit avait pour but le recouvrement d'un tiers de la valeur d'un moulin à battre, dont les parties en la cause étaient propriétaires, chacune pour un tiers indivis, et qui avait été acquis en société avec les Défendeurs, par Théophile Denis, premier mari de la Demanderesse, Angèle Legault dite Deslauriers, et commun en biens avec elle. Après le décès de Théophile Denis, il fut procédé (Labadie, notaire,) à l'inventaire des biens de la communauté qui avait existé entre sa veuve et lui, et ensuite à la vente de tous les biens meubles de la communauté, au nombre desquels était le tiers indivis du dit moulin, qui fut adjugé à la Demanderesse, au prix de £15, le moulin ayant été estimé à une valeur de £45. Depuis cette vente, le moulin ayant toujours été en la possession des Défendeurs, les Demandeurs, savoir Angèle Legault dite Deslauriers, et Aubry, son second mari, se plaignirent qu'ils ne pouvaient jouir commodément de leur tiers et demandèrent la cessation de l'indivis. Ils concluaient à ce que les Défendeurs fussent condamnés conjointement et solidairement à leur payer £15, pour leur tenir lieu du dit tiers indivis ; " si mieux n'aiment toutefois les Défendeurs, dans le délai qui sera fixé par cette cour, procéder, ou faire procéder à la vente du dit moulin par encan public, à être faite après avis public à être donné à la porte de l'église de la Pointe-Claire, après l'issue du service divin du matin, pendant au moins un dimanche, la dite vente à être faite aux lieu, jour et heure qui seront indiqués par le dit avis public ; pour du produit de la dite vente un tiers être payé aux Demandeurs, pour leur tenir lieu du tiers dans le moulin, ou à

moins que les Défendeurs ne se conforment à tous autres ordres pourront être donnés par cette cour, suivant qu'elle jugera convenable." Les Défendeurs plaidèrent : 1o. Que la société contractée entre eux et Théophile Denis, par l'achat en commun du moulin devait durer aussi longtemps que durerait le moulin. 2o. Que s'il y avait quelque circonstances qui eut pu amener la dissolution de société, ce n'a pu être que le décès de Théophile Denis, mais que la Demanderesse avait renoncé à cette dissolution, et avait voulu que la société fût continuée en vendant à l'enchère publique, le tiers du moulin, au lieu de demander la vente du moulin entier. 3o. Que la Demanderesse voulait si peu la dissolution de la société qu'elle s'était portée adjudicataire du moulin, ce que rien ne l'obligeait de faire ; qu'ayant acheté volontairement cette part, elle se trouvait absolument dans la même position, que si elle eût originairement acheté le moulin, conjointement avec les Défendeurs. 4o. Qu'une vente à l'encan du moulin, leur causerait des dommages; d'un autre côté, le tiers qu'ils avaient chacun du moulin, suffisait à leur besoin, et ils pouvaient se passer du tiers appartenant à la Demanderesse. 5o. Que la Demanderesse, si elle ne pouvait tirer partie de son tiers, pouvait bien le vendre comme elle l'avait déjà fait. 6o. Que les Demandeurs, par leur action, voulaient forcer les Défendeurs à acheter une part de moulin, dont ils n'avaient pas besoin, ou à vendre deux parts dont ils avaient besoin; que l'une ou l'autre de ces alternatives était manifestement injuste, et que la demande était vexatoire.

" La Cour, considérant que la société qui a existé entre les Défendeurs et Théophile Denis, pour l'usage et l'exploitation du moulin à battre, qui leur appartenait en propriété, a cessé au jour du décès de Denis, et que la part indivise qui lui appartenait pour un tiers dans le moulin, a été vendue à Angèle Legault dite Deslauriers, sa veuve, la Demanderesse, lors de la vente du mobilier de la communauté qui avait existé entre elle et Théophile Denis, le 9 juillet 1860, et que, par le mariage des Demandeurs, ces derniers sont maîtres de cette part indivise sans aucune restriction, à raison de la société qui existait entre les Défendeurs et Denis, et qu'à raison de ce que dessus, les Demandeurs ont le droit de toucher et de recevoir le prix de leur tiers indivis dans le moulin, dont la valeur a été admise à £30, et dont les Défendeurs sont en possession, et dont ils ont toujours joui depuis le décès de Denis, a condamné et condamne les Défendeurs à payer aux Demandeurs, la somme de £10, pour leur tenir lieu du prix et valeur du tiers du moulin , et aux dépens de l'action et de la contestation ; si mieux n'aiment les Défendeurs, sous huit jours de la signification de ce jugement, procéder avec les Demandeurs à

la vente du moulin, par encan public, vingt-quatre heures après avis donné à la porte de l'église de la paroisse de la Pointe-Claire, après le service divin du matin, un jour de dimanche, et qu'au refus des Défendeurs de ce faire, il y soit procédé par et sous l'autorité de cette cour, ainsi qu'il pourra ci-après être ordonné, par la saisie du moulin, ou autrement; pour du produit de la vente, dans l'un ou l'autre cas, un tiers être payé aux Demandeurs, et les deux autres tiers aux Défendeurs. Les frais de la vente devant être partagés et divisés entre les Demandeurs d'une part, et les deux Défendeurs chacun pour un tiers. Et, quant aux frais de cette action et de la contestation d'icelle, les Défendeurs y sont condamnés." (14 *D. T. B. C.*, p. 97 et 8 *J.*, p. 315.)

BÉLANGER et DESNOYERS, pour les Demandeurs.

DENIS et TRUDEL, pour les Défendeurs.

TIERS-SAISI.—EXECUTION.

SUPERIOR COURT, Québec, 5 décembre 1863.

Before :—TASCHEREAU, Justice.

THE QUEBEC BANK, Plaintiffs, *vs.* STUART et al., and THE QUEBEC FIRE ASSURANCE COMPANY, Garnishees.

Jugé: Que lorsqu'un Demandeur, qui a obtenu jugement contre un tiers-saisi, néglige ou refuse de contraindre le tiers-saisi à payer, le Défendeur sera autorisé à poursuivre l'émanation d'un writ d'exécution pour prélever le montant dû par tel tiers-saisi, lequel montant restera entre les mains du shérif sujet à l'ordre du Demandeur. (1)

The Plaintiffs, in September, 1863, recovered judgment against the garnishees for £62 10s to be paid them in discharge, *pro tanto*, of William Henderson, one of Defendants, but failed to execute or take advantage of their judgment in any way, and did not insist upon or enforce payment. The Defendants then moved: "That, inasmuch as Plaintiffs have "obtained judgment against garnishees, by which they have "been condemned to pay to Plaintiffs, in discharge of Hen-"derson, £62 10s, and Plaintiffs have since the rendering of "said judgment, refused and neglected to enforce from gar-"nishees payment of said sum of money, Defendant, Hender-"son, be permitted to cause to be issued out of this court a "writ of execution to compel the garnishees to pay said sum "of money to Plaintiffs, in discharge of said Henderson, unless "Plaintiffs do themselves, within such short delay as the

(1) V. art. 625 et 629 C. P. C.

" court may appoint, cause such writ to be issued in the usual " course."

TASCHEREAU, Juge : Je ne puis trouver aucun précédent pour le jugement que je vais rendre sur cette motion, mais ce jugement, qui est fondé sur l'équité, formera lui-même un précédent.

JUDGMENT : " The court doth make said rule absolute with costs against Plaintiffs ; and it is ordered that Plaintiffs do, within fifteen days from the service upon them of the present judgment, by writ of execution to be indue course sued out, proceed to execute the judgment of the fifth day of september last, and, in default of their so doing, and said delay expired, it is considered and adjudged that Henderson may, and he is hereby empowered to, sue out in the name of Plaintiffs, such writ of execution as may be required for the purpose of executing the judgment aforesaid, and enforcing payment thereof; the proceeds levied under any such writ to be held by the sheriff for and on account of Plaintiffs, and subject to their order. (14 *D. T. B. C.*, p. 101.)

STUART, G. O., for Plaintiffs

HOLT and IRVINE, for Defendant.

PROCEDURE.—PLAIDOYERS.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 décembre 1863.

Before SMITH, Justice.

CHAPMAN *et al.*, Plaintiffs, *vs.* NIMMO, Defendant, and The PHENIX ASSURANCE CO., Tiers-Saisie.

Jugé : 1° Sur une réponse spéciale en droit, que partie d'un plaidoyer à une action commencée par une saisie-arrêt, sur billet promissoire non encore dû, par lequel le Défendeur niait la déconfiture, et le recèlement de ses effets allégués dans l'affidavit, et alléguait qu'il avait continué à retirer ses billets à leur échéance, et que l'action était vexatoire, et concluant à ce que l'affidavit fut déclaré non fondé et la saisie mise de côté, sera renvoyée comme irrégulièrement plaidée.

2° Que ces matières devaient être plaidées par une exception préliminaire comme nullités d'exploit, et non par un plaidoyer au mérite.

3° Qu'une défense au fond en droit, ou *demurrer*, à partie d'un plaidoyer sera maintenue en autant que cette pratique avait été suivie par la Cour, quoique dans l'opinion du Juge, une motion eût dû être faite pour rejeter la partie du plaidoyer qui était illégale.

The judgment rendered in this cause on the 31st December, 1860, on the exception *à la forme*, and exception *déclinatoire*, will be found reported in 9 *R. J. R. Q.*, p. 394. The Defendant, by his first plea to the merits, alleged, that, at the date of the issuing of the writ of *saisie-arrêt*, Plaintiffs had no cause of

action against him; that the notes upon which the action was brought, had not then become due, and were not then held by Plaintiffs; and denied the alleged *déconfiture* and secretion of his estate set up in the affidavit, and set up that Defendant had continued to retire the notes as they became due, and that the action was tortious and vexatious: Conclusion that the affidavit be declared unjustified and unwarranted, and that the attachment be set aside, and Plaintiff's action dismissed. The Plaintiffs filed an "answer in law" to that part of the pleas and of the conclusions whereby Defendant prayed that it be declared that the affidavit was unjustifiable and unwarranted, and that the attachment be set aside, on the following grounds: "That Defendant cannot, by law, impeach the writ or the issue thereof, or the affidavit made as the basis of the issue thereof, for the reasons mentioned in the said plea, otherwise than by a preliminary plea or *exception à la forme*, as by the parts of the said plea he has attempted to do, the same being grounds in the nature of *nullités d'exploit* and not in any way matters of defence upon the merits of Plaintiff's action." Conclusion that the said portions of the said plea be rejected, with costs. The Plaintiff's *second* plea was to the same effect; and to that plea a similar answer was filed, and the case was inscribed for hearing on the *issues of law raised*

SMITH, Justice: Held that the attachment and affidavit had nothing to do with the merits of the action, and should not have been mixed up with the merits. It was impossible to plead to a seizure. It had been stated that an expression of opinion was given by certain of the judges in appeal, in the case of *Molson's Bank* and *Leslie*, (1) to the effect that, on a plea to the *merits*, objection might be taken to the allegations

(1) L'Ordonnance du Gouverneur et du Conseil Legislatif de la Province de 1787, 27 Geo. 3, ch. 4, contenait les dispositions suivantes: "Il ne sera donné à l'avenir, aucun ordre de saisie-arrêt, (excepté dans le cas de dernier équipeur, suivant l'usage du pays,) contre les biens, dettes et effets quelconques de qui que ce soit, dans les mains du propriétaire, du débiteur ou d'un tiers, avant contestation en cause et jugement, excepté lorsqu'il y aura preuve légale sous serment (qui sera endossé sur l'ordre de saisie-arrêt) à la satisfaction d'un des juges de la Cour qui donnera tel ordre, que le Défendeur, ou le propriétaire des dites dettes et effets, doit au Demandeur une somme excédant dix livres courant, et qu'il est sur le point de les recéler, ou qu'il est dans l'intention de se cacher, ou de quitter la province, dans la vue de frauder ses créanciers, et que le Défendeur est alors endetté au Demandeur, et qu'il croit sincèrement que sans le bénéfice d'une telle saisie-arrêt, il perdra sa créance, ou souffrira des dommages. Pourvu toujours que rien de ce qui est contenu ici, ne s'entendra à préjudicier aux droits des propriétaires de biens fonds dans le cours ordinaire de la loi, pour le recouvrement de rentes suivant aucune ancienne forme de procéder, en conséquence de toutes lois, usages et coutumes quelconques; et pourvu aussi que dans le cas, où le Défendeur ou débiteur paiera la dette et les frais, ou donnera caution au shérif ou huissier, de répondre des effets, ainsi saisis et arrêtés, comme dans le cas de cautionnement personnel, sujet à justication en cour, pour répondre de la valeur des effets, et pour satisfaire au

of the affidavit, but he could not find that anything definite had been decided on that head, which ought to guide the court. He had always held that portions of a plea irregularly pleaded could only be struck out, or got rid of, on motion, and not by demurrer or answer in law, but his opinion had not been followed by the other Judges. In this case, therefore, he would adopt the opinion of the other members of the court, because the pratice had been adopted, wrongly, as he still thought; and the answer in law would be maintained. (14 *D. T. B. C.*, p. 103 et 8 *J.*, p. 42.)

ABBOTT and DORMAN, for Plaintiffs.

MACRAE, for Defendant.

REQUETE CIVILE.

CIRCUIT COURT, Québec, 21 janvier, 1864.

Before TASCHEREAU, Justice.

MAGUIRE, Plaintiff, *vs.* STRIDE, Defendant, *and* STRIDE, Opposant.

Jugé : 1o. Que la requête civile est une procédure encore en force dans le Bas-Canada.

2o. Que des moyens, qui pourraient être opposés à une action ou à une opposition par une exception à la forme, peuvent être opposés à une requête civile au moyen d'une simple motion.

3o. Que la permission de la cour est nécessaire pour la production d'une requête civile.

4o. Que signification d'une requête civile doit être faite à la partie qui a un intérêt à la contester. (1)

This was an action in ejectment on which Plaintiff obtained judgment by default. Execution having issued, Defendant served upon the baillif holding the writ an opposition *à fin d'annuler* in the nature of a *requête civile*, alleging a settlement before entry, and that, nevertheless, Plaintiff had pro-

jugement de la cour, les dits biens, dettes et effets seront rendus, et à cet effet, il sera alloué au Défendeur ou débiteur quarante-huit heures, après lequel temps, si la dette et les frais ne sont point payés, et qu'il n'ait été donné aucune caution, les effets ainsi saisis et arrêtés resteront sous la garde du shérif ou huissier, pour satisfaire au jugement."

Il a été jugé, sous ces dispositions, que l'affidavit est une formalité nécessaire pour l'émanation de la saisie-arrêt avant jugement qui ne peut subsister sans cela ; que l'affidavit donne, par conséquent, l'existence à l'exploit de saisie-arrêt ; que la validité ou invalidité de cet exploit dépend de la vérité de ou de la fausseté des faits qui y sont énoncés ; (supposant toujours que, d'après la manière dont ils sont exposés, ils soient suffisants en loi) qu'en attaquant l'affidavit, la partie saisie attaque nécessairement l'exploit, et que cela peut se faire régulièrement par une exception à la forme. (*Leslie et al.* et *La Banque Molson*, C. B. R., Montréal, 6 septembre 1861, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., et MONDELET, J., renversant le jugement de la C. S., Montréal, 31 mai 1860, MONK, J. A., 11 R. J. R. Q., p. 77.)

(1) V. art. 505 et s. C. P. C.

ceeded with the case and obtained a judgment by surprise. On the return of this opposition, Plaintiff moved to dismiss it for want of form upon several grounds, upon two of which the court founded its judgment.

Taschereau, Juge: La question soulevée sur une motion pour faire mettre de côté une opposition, est de savoir si la requête civile est encore en force dans ce pays, ou si elle est tombée en désuétude. Le Défendeur prétend que, malgré l'accord qui a eu lieu entre les parties, le Demandeur a obtenu son jugement, et il produit maintenant son opposition à fin d'annuler ; cette opposition est de la nature d'une requête civile. Nulle doute que la requête civile a été en force dans ce pays. On le voit par le tit. 35 de l'ordonnance de 1667, qui traite des requêtes civiles, et l'on ne trouve aucune loi qui abroge cette procédure. C'est l'opinion généralement reçue que la requête civile est encore en force dans notre système. Maintenant voyons si l'opposant a observé les formalités requises pour réussir dans une telle procédure. Le Demandeur prétend que non, et a fait motion pour la faire mettre de côté. J'ai eu des doutes si les chefs présentés dans cette motion n'auraient pas dû être présentés par un plaidoyer à l'opposition, mais je suis d'opinion que la requête civile, n'étant pas une procédure nouvelle, ni entièrement séparée de la cause originaire, mais plutôt une procédure appartenant et faisant suite au jugement, peut être contestée, et les chefs de contestations peuvent être attaqués par une motion telle que la présente. (1) La motion étant admise, les deux premiers moyens sont suffisants pour en faire accorder la demande, et pour faire mettre de côté l'opposition. La première objection est que l'Opposant " n'a pas obtenu la permission de la cour pour produire sa requête." Le titre 35 de l'ordonnance de 1667 prescrit les formalités nécessaires à être suivies. La requête civile se présente toujours devant le juge même qui a rendu le jugement contre lequel l'on réclame, c'est une manière polie de lui demander de considérer de nouveau le jugement qu'il a rendu, et il est nécessaire de demander la permission de prendre de telles procédures. Le deuxième chef de la motion du Demandeur " que la requête civile devrait " être signifiée ou à la partie intéressée ou au moins à son " procureur," est aussi très raisonnable, et je décide formellement sur ces deux points : premièrement, que l'on doit obtenir la permission du juge pour produire une requête civile, et deuxièmement, que l'on doit signifier cette requête civile à la partie intéressée. Judgment : Opposition dismissed with costs. (14 *D. T. B. C.*, p. 105.)

Langlois and Pozer, for Plaintiff.

Andrews and Andrews, for Opposant.

(1) V. art. 107 et 135 C. P. C.

RECOURSE OF NOTARIES FOR FEES.

SUPERIOR COURT, Montreal, 1st April, 1864.

Coram SMITH, J.

EASTON *vs.* COURT *et al.*

Held : Minors as well as their tutor are directly liable to a notary, for the price of an account of the gestion of their tutor rendered by him, although it was the tutor who employed the notary. (1)

This action was brought by a notary for the price of a tutor's and executor's account, made at the request of John Smith. John Smith was executor to the last will of William Smith, and was also tutor to his minor children. The action was brought against the estate of John Smith for the whole amount due, and against the heirs of William Smith for the whole amount payable by each in their respective proportions, according to their shares in the estate. The counsel for the tutor's estate did not deny the claim, but left Plaintiff to prove the value of the work done. The counsel for the heirs Smith fyled several pleas contesting the value of the work, and setting up that the account had not been prepared for them, or in their interest, or by their orders, and that they could not be liable to Plaintiff. At argument, the counsel for the heirs contended that as it was the tutor who gave instructions to the notary, he alone was liable. The tutor might have a claim against the heirs for money he had paid for them, but, where, as in this case, there was no privity of contract between the heirs and the notary, there could be no direct action by the notary against the heirs. The court, in giving judgment, remarked that the price claimed had been proved, some witnesses having valued the account at a much larger sum than the Plaintiff had done. The account, although ordered by the tutor, was made for the benefit of the heirs, and judgment must go as claimed.

The court considering that Plaintiff hath fully established the material allegations of his action, and that he is entitled to recover from the Defendants, in their names and capacities, and as heirs at law of William Smith, their *pro tanto* share of the sum of \$449.62½, the amount established to be due to Plaintiff, for the matters and things forth in his declaration, and from Defendant, James Court, as curator to the vacant estate of John Smith, the whole amount of the said claim: and, further, considering that Defendants have failed to shew any just reason or any reason in law by which the conclusions of Plaintiff's action should not be granted: The court doth

(V art. 3619 S. R. Q.

condemn Defendant, James Court, in his said capacity, to pay to Plaintiff the said sum of \$449.62½, being the amount of Plaintiff's account, for the work and labour done and performed for the heirs of William Smith, and of the estate of John Smith; and the court doth condemn Defendant, Janet Colquhoun Smith, the wife of William Osborne Smith, to pay to Plaintiff the sum of \$49.96, as her share in said sum of \$449.62 as one of the heirs of William Smith; and the court doth condemn Defendant, John Smith, to pay to Plaintiff the sum of \$49.96, as his share in said sum of \$449.62 as one of the heirs of William Smith; and the court doth condemn Defendant, William Smith, as well in his own name as one of the heirs of William Smith, as in his capacity of tutor to Walter Sutherland Smith, James Smith, and Margaret Helen Smith, his brothers and sister, also three of the heirs of William Smith, the sum of \$199.84, being for his own and said three minors shares in said sum of \$449.62; and the court doth condemn Defendant, Lillias Scott Smith, to pay to Plaintiff the sum of \$49.96, as her share in said sum of \$449.62½ as one of the heirs of William Smith; and the court doth condemn Defendant, Jane Smith, to pay Plaintiff the sum of \$49.96, as her share in said sum of \$449.62, as one of the heirs of William Smith; and the court doth condemn Defendant, Elizabeth Ure Smith, to pay to Plaintiff the sum of \$49.96, as her share in said sum of \$449.62 as one of the heirs of William Smith; and the court doth condemn Defendant, James Court, in his said capacity, to pay the costs of this action, and doth condemn the other Defendants to pay said costs in their several proportions of condemnation. (8 *J.*, p. 124.)

J. L. MORRIS, for Plaintiff.
ABBOTT and DORMAN, for Defendants Smith.
CROSS and LUNN, for Defendant Court.

EVIDENCE OF ADVERSE PARTY.—FYLING OF PAPERS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st december, 1863.

Coram SMITH, J.

BEAUDRY *vs.* OUIMET.

Held: 1st. A declaration that the Plaintiff intends to make use of the Defendant's evidence, fyled after the Defendant's enquête is closed, is fyled too late according to law, and will be struck from the fyles of the court, on the Defendant's motion to that effect. (1)

2nd. If it be shown that a paper fyled in a cause was ante-dated, and in reality fyled on a different day from its date, and after the proper

(1) V. art. 251 C. P. C.

delay, it will be struck from the fyles of the court on motion to that effect, and it is not necessary to inscribe *en faux* against the plumitiff or registers of papers fyled.

In this case, the judgment was rendered on the following motion : " Motion des Défendeurs qu'attendu qu'il appert par les affidavits produits et ci-annexés que le papier ou document filé en cette cause, daté du six avril dernier, et filé comme de ce jour là, intitulé, " Déclaration du Demandeur au sujet des dépositions des Défendeurs " et produit par le Demandeur, a été erronément et illégalement introduit au dossier, attendu que le dit document n'a jamais été produit le six avril dernier, mais seulement le vingt-cinq novembre dernier, après l'inscription de cette cause, au mérite, et à l'encontre de la loi et du Statut, et, attendu que ce même document a été entré dans le plumitif du Protonotaire de cette cour, comme filé du six avril dernier, ce qui n'est pas le cas, puisque la dite entrée n'a été faite que le vingt-cinq novembre dernier, après l'inscription au mérite de cette cause, par le Demandeur, la dite entrée au plumitif soit en conséquence déclarée avoir été faite illégalement, erronément et avoir été antidatée, et qu'ic lle soit rayée et biffée par ordre de cette cour."

PER CURIAM : In this case, a motion was made on the part of Defendant that a paper fyled by Plaintiff, containing a declaration that he intended to avail himself of the evidence of Defendant, be struck from the fyles of the court, as it had been fyled at a time when Plaintiff had no right to fyle it. The *enquête* had been closed, and Plaintiff subsequently fyled a paper which he ought to have fyled at the closing of the enquête. It appeared that the prothonotary had fyled it, after some explanations had passed between the parties, and ante-dated it as though fyled at the proper time. The question was, had this paper been properly fyled ? The statute laid it down that, where a party in a cause had been examined by any other party in the same cause, the evidence may be made available to the party obtaining it, provided he declares his intention at the close of his enquête, to avail himself of such evidence. This rule was positive, and formed part of our code of procedure The Court, in some cases, allowed a party, on showing cause, to fyle a paper after the time. There was nothing, however, to justify the Court in allowing it to be done here. But had the Court any authority to touch this paper ? The Plaintiff maintained the negative, and said the only way to get rid of it was by inscribing *en faux* against the plumitiff. But the plumitiff was only a register of the acts of the prothonotary done from day to day. The error in the plumitiff was occasioned by the error in the record ; and when the error in the record was rectified, the error in the

plumitiff would also be rectified. The Court, therefore, felt itself bound to reject this paper from the record, and it must be struck from the fyles. Motion granted. (8 *J.*, p. 126 et 14 *D.T.B.C.*, p. 107.)

ROUER ROY, for Plaintiff.

P. MOREAU, for Defendant.

EVIDENCE OF ADVERSE PARTY.

SUPERIOR COURT, Montreal, 1st April, 1864.

Coram SMITH, J.

BEAUDRY *vs.* OUIMET.

Held: A Plaintiff in a cause, on special motion to that effect, at any time before judgment, may fyle a declaration that he intends to make use of the evidence of the Defendant. (1)

PER CURIAM: In this cause, two motions were made, one to discharge the *délibéré*, the other that Plaintiff be allowed to fyle a declaration that he intends to avail himself of Defendant's evidence. The motions will be granted, because the evidence sought to be made use of is that of the Defendant himself, and it is a principle of the French law that a Defendant's evidence can be taken at any time. (8 *J.*, p. 127.)

ROUER ROY, for Plaintiff.

J. A. CHAPLEAU, for Defendant.

ATTORNEY AD LITEM.—FAITS ET ARTICLES.

Montreal, 25th January, 1865.

Coram SMITH, J., BERTHELOT, J., and MONK, A. J.

BEAUDRY *vs.* OUIMET *et al.*

1° A client supplied his attorney *ad litem* with money for carrying on a suit. The Attorney was paid his bill of costs in the suit taxed against the other party who was condemned to pay the costs by the judgment of the court. The client brought an action against his Attorney to recover back the money so supplied. *Held*: That the Attorney had a right to offset against the *demande* of the client the value of the services rendered to the client in the case over and above the taxed costs paid to the Attorney by the other side. (2)

2° That answers of a party on *faits et articles* shall have a retroactive

(1) V. art. 251 C. P. C.

(2) Un avocat n'a pas d'action pour réclamer une somme ronde pour services généraux rendus dans une affaire. Il n'a d'action que pour des services déterminés, dont la valeur peut s'apprécier par des témoins, il n'a pas d'action pour *quantum meruit* pour consultations et services intellectuels qui ne peuvent pas s'apprécier par des témoins. (*Devlin* vs. *Tumblety* C. S., Montréal, 27 mars 1858, DAY, J., 6 R. J. R. Q., p. 464.)

effect and will, as a *commencement de preuve par écrit*, legalize oral evidence previously produced to prove an agreement above the sum of $25, notwithstanding the said evidence was objected to at the time, and a motion made to have it rejected.

3° That an Attorney is not liable in damages to his client except for gross negligence; and that allowing an action to become *périmée* does not of itself constitute such negligence.

Semble : That the declaration of a client that *he will be liberal* and that he wishes his case to be carried on with diligence *coûte que coûte*, and that *he will pay all necessary expenses* gives to his Attorney a right to a retainer—the value of which can be proved by witness.

The Plaintiff alleged in his declaration that the Defendant brought an action for him against one Papin, advocate, that the case was appealed, and that he paid the disbursements himself both in the inferior Court and court of Appeals to the amount of £58 13s 2d. The Plaintiff further alleged that, in 1855, Defendant took out for him an action of damages against one Plinguet for libel; that, after instituting this action, Defendants, contrary to Plaintiff's instructions, neglected to carry on proceedings for three years, and thereby the action was lost by *peremption d'instance* with costs against Plaintiff to the amount of £12 4s 6d, and Plaintiff alleged that this action was so lost, and costs incurred by him through the negligence of Defendants. He concluded his declaration by praying that Defendant might be condemned to pay him the two sums above mentioned amounting to £70 17s 8d. The Defendants, by *exception peremptoire*, detailed the proceedings in the case against Papin; alleging that they performed important extra services in that case of the value of £37 10s, but which they reduced to £30; that their taxed costs, in that case, were £18 3s 6d, which they were entitled to receive from Plaintiff, the case having been ended, alleging also that, in Plaintiff's case against *Plinguet*, they did not receive instructions to proceed, and that the *peremption d'instance* was not owing to their negligence, and that the whole costs of that suit with the sums above mentioned, amounted to £72 4s 8d, which they had a right to set off against Plaintiff's demand. Issue was joined and the parties went to evidence on the 24th January, 1863. The only part of the evidence which it is important to introduce here, is that which had reference to the promise of a retainer. On the 5th September, 1863, Charles Deslauriers, advocate, was produced by Defendants, and deposed as follows: "J'étais étudiant en droit chez Messieurs "Ouimet, Morin et Marchand, avocats, en l'année 1856. Il est "à ma connaissance que le Demandeur est venu plusieurs fois "à l'étude pour leur demander d'agir comme avocats, et de "s'intéresser comme avocats dans deux causes, une contre "Joseph Papin, avocat de Montréal, et l'autre contre Jacques

" A. Plinguet, etc. Je me rappelle très bien que le Demandeur " est venu quatre ou cinq fois et plus peut-être en l'étude des " Défendeurs, au meilleur de ma connaissance, vers la fin de " l'automne ou au commencement d'hiver, 1856. Et, de plus, " je me rappelle que le Demandeur est venu trouver Louis Si- " méon Morin, un des Défendeurs, le dimanche après-midi, à " sa pension chez ma mère, et que, là et alors, il aurait dit à " Monsieur Morin qu'il devait descendre à Québec, coûte que " coûte. Il est à ma connaissance qu'avant cette dernière oc- " casion, le Demandeur est venu à l'office des Défendeurs et " leur a dit qu'il fallait absolument qu'ils descendent à Québec, " coûte que coûte, et qu'il paierait tout ce qu'il faudrait pour " cela, qu'il savait que des retenues étaient indispensables, ou " plutôt qu'il savait qu'il y aurait des frais à encourir, et qu'il " était prêt à les payer, que n'importe le montant des frais " encourus par les Défendeurs pour descendre à Québec *et* " *cætera*, qu'il les paierait." Maxime Gareau, advocate, of the city of Montreal, a witness also produced by Defendants, and who was also a law student in their office at the time of the occurrence of which he speaks, deposes to the same effect as the preceding witness, that Plaintiff insisted that Mr. Morin, one of Defendants, should go to Quebec to plead Plaintiff's case against *Papin* before the Court of Appeals, and that he understood Plaintiff to promise to pay Defendants liberally for such service. The Plaintiff objected to this evidence because that being oral it tended to prove an agreement for a sum exceeding a hundred francs. On the 26th September, following, Defendants made a motion that a rule for *interrogatoires sur faits et articles* issue addressed to Plaintiff which was granted, and Plaintiff made the following answers to the 11th and 12th interrogatories annexed to the rule: To the 11th. "J'ai à plusieurs reprises témoigné aux Défendeurs mon " désir de faire terminer cette affaire, et que je serai libéral à " leurs regards." To the 12th. " Au commencement du procès," (that is the action against Mr. Papin) " M. Morin est venu à " mon bureau et m'a signalé le désir d'avoir cinquante dollars " et je les lui ai donnés, pour lesquels il m'a donné un bon. " Je n'ai jamais demandé le montant de ce bon, car j'ai consi- " déré que le montant était pour retenue et que je n'en serais " pas remboursé." On the 30th September, 1864, the Superior Court, (Mr. Justice Smith), rendered judgment, as follows: " The Court considering that Plaintiff hath fully proved the " allegations of his action against Defendants, in so far as " they relate to the sum of £58 13s 2d, paid by him, Plain- " tiff, in the action against Joseph Papin, and that the said " sum of £58 13s 2d, was afterwards received by Defendants, " from Papin, as costs after the termination of the suit, and

"for which sum Defendants are now liable to account to "Plaintiff; and, further, considering that Plaintiff hath failed "to establish any further right or claim against Defendants, "by reason of any of the allegations in the action, so far as "regards their other claim, the Court doth reject the same; "and, further, considering that Defendants have failed to esta- "blish against Plaintiff any claim in the shape of retainers, or "for expenses in travelling or otherwise, the same are rejected; "but, considering that it hath been shown by Defendants, "that Plaintiff stands indebted to Defendants in the sum of "£18 2s 6d and £11 17s 8d, amounting in all to the sum of "£30 2s, as and for taxed costs due Defendant in the two "causes of Beaudry vs. Papin and Beaudry vs. Plinguet, and "which costs have not been paid, the Court doth compensate "and set off "pro tanto" the said sum of £30 2s, against the "said sum of £58 13s 2d, so due to Plaintiff, which leaves a "balance due to Plaintiff of £28 13s, for the payment of "which the Court doth condemn Defendants, &c." The Defendants has this judgment revised by the Court of Review. The latter Court concurred with the Superior Court in rejecting Plaintiff's claim for damages against Defendants, on the ground of their negligence in the case against Plinguet.

M. Justice BERTHELOT, in rendering the judgment of the Court, stated, on one of the incidents of the case, that the tariff of fees was not made to regulate the amount of costs to be claimed by an attorney from his client, but only the costs to be paid by the party condemned in a suit.

The judgment of the Court of Review was as follows: "Considérant qu'il y a erreur dans le dit jugement; considérant que des réponses faites par le Demandeur aux 11me et 12me interrogatoires des faits et articles qui lui ont été proposés par les Défendeurs, il résulte un commencement de preuve par écrit des allégués des Défendeurs en leurs plaidoyers, que le Demandeur s'était obligé de leur payer une retenue dans sa cause contre feu Joseph Papin, soit en Cour Supérieure ou sur les appels incidents à icelle cause, et de leur payer certains frais, dépenses de voyager par eux faits à Québec à cette occasion, et que ce commencement de preuve était suffisant pour autoriser la preuve testimoniale sur ces faits. Considérant qu'il est suffisamment prouvé que les Défendeurs méritent avoir du Demandeur, pour retenue sur la cause contre Joseph Papin, ainsi que pour frais de voyages à Québec à l'occasion des appels incidents à cette cause, une somme de trente louis. Considérant que les faits de négligence imputés par le Demandeur aux Défendeurs, par sa déclaration et réponses aux exceptions, ne sont pas prouvés ni suffisants en loi pour empêcher les Défendeurs de recouvrer du Demandeur la somme de

£18 2 6, montant des frais et déboursés qui leur sont dus comme Avocats et procureurs du Demandeur dans la dite cause contre Papin, devant la Cour Supérieure, aussi bien que la somme de £11 17 8, pour leurs frais et déboursés comme avocats et procureurs du Demandeur dans la cause contre Plinguet. Considérant que ces trois sommes réunies ensemble forment celle de £60 0 2, que les Défendeurs ont bien le droit d'offrir et opposer en compensation des sommes de deniers qui font le sujet de la demande. Considérant que le Demandeur n'a point prouvé qu'il eut droit de réclamer, en vertu de sa demande contre les Défendeurs, aucune autre somme que celle de £58 13 2, qui est plus que compensée, payée et éteinte par la dite somme de £60 0 2, que les Défendeurs ont le droit de demander et réclamer du Demandeur. La Cour procédant maintenant à reviser le jugement du 30 septembre dernier, et à rendre le jugement qui aurait dû être rendu, a déclaré la demande compensée et même au-delà d'une somme de £1 70, pour laquelle les Défendeurs pourront se pourvoir autrement, et, par conséquent, déboute l'action du Demandeur avec dépens." (9 *J.*, p. 158.)

R. Roy, for Plaintiff.
L. S. Morin, for Defendants.
E. M. Piché, Counsel for Defendants.

COLLOCATION D'UNE RENTE VIAGERE.

Superior Court, Montreal, 30 avril, 1864.

Coram Smith, J.

Collette *vs.* Lefebvre, et Mayrand et Olivier Lefebvre, Opposants.

Jugé : 1ère. Que la valeur d'une rente viagère ne doit pas être capitalisée en la multipliant par dix ans, mais doit être réglée sur la valeur de la vie du donateur.

2ème. Que cette évaluation sera faite par la cour sur les calculs des compagnies d'assurance sur la vie et sans expertise. (1)

3ème. Que par suite de cette réduction de la créance de l'Opposant, il sera condamné aux frais.

Sur le produit de la vente des immeubles du Défendeur, l'Opposant Olivier Lefebvre réclamait, comme cessionnaire de sa mère, rentière, certains arrérages d'une rente viagère, dûs par le Défendeur en vertu de l'acte de donation qu'elle avait fait au Défendeur, et qui avait été enregistré, et au paiement desquels arrérages ces immeubles étaient hypothéqués, et, de

(1) V. art. 1914 à 1917 C. C., et art. 733 C. P. C.

plus, la valeur de cette rente capitalisée pour une période de dix années. Dans son opposition, il alléguait spécialement que la rentière était dans des conditions de vie telles qu'elle pouvait encore vivre dix ans. L'autre Opposant Mayrand contesta cette opposition sur plusieurs points, et, entr'autres, sur le principe que le capital de cette rente devait être réduit à sept ans et pas davantage, par suite du grand âge de la rentière. A l'enquête, il fut prouvé que la rentière était âgée de 78 ans, et qu'elle jouissait d'une bonne santé, n'ayant jamais été malade. Il fut prouvé par un médecin qui avait fait un examen attentif de la personne de la rentière, que, suivant le résultat de ses observations, elle pouvait vivre bien au-delà de dix ans et que telle était son opinion comme médecin. Les calculs faits par les compagnies d'assurance sur la vie ne furent point produits. Deux des témoins du contestant Mayrand, tous deux cultivateurs, déclarèrent que, suivant leur opinion, la rentière ne pouvait pas vivre encore dix ans. Sur cette preuve, la cause fut soumise pour audition. L'Opposant, Olivier Lefebvre, prétendit que le témoignage du médecin devait nécessairement servir de bâse au jugement de la cour, et que, par son jugement, elle devait suivre l'opinion bien arrêtée du médecin, et non pas les calculs qui ont été faits sur la valeur de la vie humaine par les compagnies d'assurance sur la vie, qui ne doivent être suivis qu'en l'absence d'une preuve positive et certaine, telle que celle qui avait été administrée en la présente cause. Par son jugement la cour a adopté les calculs et a motivé son jugement comme suit: "La cour, considérant qu'il est établi, par la preuve, que la valeur de la moitié de la rente et pension viagère, payable à l'Opposant Olivier Lefebvre, comme étant aux droits de Marie Louise Tremblay, n'excède pas la somme de $100 par an; considérant aussi que l'Opposant Olivier Lefebvre n'a pas droit de réclamer plus que quatre années d'arrérages de la moitié de la rente et pension, et que l'Opposant Olivier Lefebvre est mal fondé en réclamant plus, et de capitaliser la rente viagère pour les temps et espace de dix ans, et que, vu l'âge avancé de Marie Louise Tremblay, ainsi qu'établi par la preuve, la rente ne devrait être capitalisée que pour les temps et espace de sept ans; la cour maintient la contestation et ordonne que le projet ou rapport de distribution soit amendé, changé et réformé, de manière à ce que l'Opposant Olivier Lefebvre ne soit colloqué que pour la somme de £275, c'est-à-dire la somme de £175, montant capitalisé pour sept ans de la moitié de la dite rente, au taux de £25 par an, et la somme de cent louis pour quatre années d'arrérages d'icelle, et ordonne que la balance restant sur les deniers prélevés soit divisée entre les Opposants en

cette cause et créanciers hypothécaires nommés au certificat du régistrateur suivant leurs droits respectifs. (8 *J.*, p. 128.)

LAFRENAYE et ARMSTRONG, avocats de l'Opposant Lefebvre.

DORION et DORION, avocats de l'Opposant Mayrand.

DELAY OF INSCRIPTION FOR ENQUETE AND HEARING.

SUPERIOR COURT, Montreal, 27th May 1864.

VOSS *et al.* *vs.* COFFIN.

Held: That when a cause is inscribed for enquête and hearing at the time in term, eight clear days' notice of inscription is necessary. (1)

Upon this cause being called from the *rôle des enquêtes*, for proof in the second division of the Superior Court, on the 25th May, 1864, Defendant objected to the notice of inscription which had been served on the 20th May, and relied on the practice of the court as established in the case of *Kent* vs. *Cranwill*, requiring eight clear days' notice in term.

PER CURIAM: The delay between the service of the notice and the day fixed for the enquête is too short, and the inscription is therefore discharged. (8 *J.*, p. 129.)

DOUTRE & DOUTRE, attorneys for Plaintiff.

LAFRENAYE & ARMSTRONG, attorneys for Defendant.

CUSTOMS.—FORFEITURE OF GOODS.—EVIDENCE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, IN APPEAL,
Montreal, 9th December, 1865.

Présents: AYLWIN, J., MEREDITH J., DRUMMOND, J., and MONDELET, J.

ROTHSTEIN, (claimant in the court below), Appellant, *and* DORION, attorney general *pro reginâ*, (informant in the court below), Respondent.

Held: That the onus of proof under C. S. C., cap. 17, lies on the claimant to establish that the goods claimed are not liable to forfeiture. 2° That where the forfeiture does not exceed $200, the same may be prosecuted in either Circuit or Superior Court.

(1) *Vide* 8 L. C. Jurist, p. 12, *Kent et al.* vs. *Cranwill*, in which case the judgment rendered by SMITH, J., on the 30th November, 1863, is as follows: "This cause being called from the rôle de droit for enquête generally, and hearing on the merits, the parties are heard, by their counsel, before the court, on an objection of Defendant to the sufficiency of the notice of the inscription, and the court doth declare the notice of inscription to be insufficient, there not being *eight clear days*, as required by law, between the service of notice and the day fixed in the inscription for enquête and hearing, and the court doth discharge the inscription upon the rôle de droit. *Vide* also 5 L. C. Jurist, p. 43, et art. 235 et 243 C. P. C.

Information exhibited and fyled on the 7th July, 1863, by which it was alledged, *inter alia*, " that, on or about the 27th March last past, there was imported and brought into the province, to wit, into the port of Montreal, in the district of Montreal, a box containing a quantity of jewellery, to wit: &c." " That the said jewellery and other articles above enumerated were all of foreign manufacture, were goods liable to the payment of duty, and had been imported as aforesaid by land from the United States of America into this Province, and were of the value of at least two hundred dollars; that the same were carried past the Custom House in said port, on or about the day last mentioned, and without any entry thereof having been made at said Custom House, and without having been submitted to the examination of the proper officers, and without paying the duties imposed upon the same, and a permit given accordingly, contrary to the statute. (1) Forfeiture alleged.... Conclusions for the forfeiture of the goods. On the 2nd September, 1863, Rothstein appeared by his attorney, and claimed the goods and articles set forth in the information, and his claim was substantiated on oath; that, at the time of the seizure, he was and now is the true and lawful owner thereof. He also gave the requisite security on that day. The Plaintiff by his pleas raised the following question " and claimant specially and expressly denies that the goods were imported into this Province as alleged in the information, or that the same were in any way subject to the control of the customs authorities, either before or at the time of the seizure, nor are they so now." On the 6th November, 1863, the cause being called from the *Rôle des Enquêtes* for proof, no proof was adduced on the part of informant, and, on the 7th November, an order was given as follows: " il est ordonné au dit M. Rothstein de procéder à l'enquête le 24 de novembre courant, sur la contestation par lui soulevée,"—par BERTHELOT, J. At the hearing, two questions were submitted to the consideration of the court. 1st. That no proof having been adduced on the part of informant, the facts alleged in the information had not been proved, and that, in the absence of any proof whatever to establish the material allegations of said information, it ought to be dismissed. 2nd. That the value of the goods having been alleged in the information to be of £50, the Superior Court had no jurisdiction over the case.

PER CURIAM: The *onus probandi* lies on the claimant who has made no proof of his plea. The forfeiture demanded is sufficient to give jurisdiction to this court, and the allegation

(1) Con. St. of Canada, chap. 17, sec. 10, sub-sec. 2, sec. 73, 84 and 85. V. s. 192 et s., ch. 32, S. R. C. de 1886

of the value of the goods is a mere surplusage. Forfeiture maintained. The judgment of the Superior Court is as follows: "The court, having heard the Attorney General on behalf of Our Sovereign Lady the Queen, Meyer Rothstein, claimant, not having appeared at the hearing, doth adjudge and condemn, as forfeited in pursuance of the statute in such case made and provided, the jewellery and other articles enumerated in the information as follows, to wit: a box containing a quantity of jewellery, to wit: &c. And the court doth dismiss the contestation by the claimant, with costs.

The present appeal was brought on the following grounds: 1st. The information was not signed by the Attorney General, but by an Attorney for the Attorney General, which had been held to be a fatal defect in an information. 2nd. The information should have been brought in the circuit court, the value of the goods seized being alleged to be $200 only. 3rd. Because no proof had been made of the information. The Respondent answered these objections by citing the clauses of the Statute, C. S. C., cap. 17, sec. 73, "if the amount or value of any such penalty or forfeiture does not exceed $200, the same may also be prosecuted, sued for and recovered in any County Court or Circuit Court, &c." And as to the burden of proof not being on the informant, the Respondent cited sec. 84 of the same Statute: "If any goods are seized, &c., the burden of proof shall lie on the owner or claimant of the goods, and not on the officer who has seized and stopped the same, or the party bringing such prosecution."

Aylwin, J., said it was not correct for an attorney to sign the information as Attorney for the Attorney General. But the objection should have been raised by a proper *exception à la forme*. There was nothing of the kind in the record, and the judgment must be confirmed.

Meredith, J., alluded chiefly to the pretension of the Appellant that the informant was bound to prove at least that the goods claimed were subject to duty, and were imported into the province: and that under the english statute, which was nearly the same as our own, in no case could judgment be rendered without proof. His honor was of opinion that the Appellant's pretensions were not sustained by the authorities cited, and that in a case such as this it was fort the claimant to adduce evidence to establish that the goods are not liable to forfeiture. Judgment confirmed unanimously. (1 *L. C. L. J.*, p. 85, et 8 *J.*, p. 130.)

B. Devlin, for Appellant.

V. P. W. Dorion, for Respondent.

ACTION EN ADHESION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 Mars, 1864.

Coram BERTHELOT, J.

COMTE *vs.* GARCEAU.

Jugé: Que la demande en adhésion, accompagnée d'une demande subsidiaire de dommages, est susceptible d'un procès par jurés. (1)

Le Demandeur avait porté une demande en adhésion (2), contre le Défendeur, son beau-père, chez lequel s'était retirée la femme du Demandeur, et de plus, réclamait des dommages. La déclaration du Demandeur contient les conclusions suivantes: "C'est pourquoi le Demandeur conclut à ce que le Dé-

(1) La section 9 du chap. 2 de l'Ordonnance du Lieutenant-Gouverneur et du Conseil Législatif de la province de Québec de 1785, 25 George III, était en ces termes: "Que tous et chaque particuliers, qui auront des procès dans aucune des cours des Plaidoyers communs fondées sur dettes, promesses, engagements et conventions, concernant le commerce seulement, entre négociants et négociants et entre marchands et marchands, réputés et connus comme tels suivant la loi, et aussi concernant les injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, pourront à l'option et choix de l'une des parties, avoir et obtenir qu'elles seront plaidées devant un corps de jurés pour avoir un verdict, tant pour déterminer le fait qui doit être établi dans telles actions de commerce, que pour constater les dommages dans celles d'injures personnelles. Pourvu toujours que l'opinion de neuf des douze jurés qui en composeront le corps, soit suffisante pour faire le rapport d'un verdict, et que le dit verdict, ainsi fait et rapporté, sera tenu comme légal et effectif, à toutes fins et à tous égards, comme si les douze jurés avaient été unanimes en opinion. Et le Greffier de la Cour écrira les noms des jurés sur le registre de la cour dans chaque cause, où les verdicts pourront être rapportés, comme ci-dessus. Pourvu aussi que dans tous tels procès ou actions, qui seront entre les sujets de Sa Majesté nés dans la Grande-Bretagne, Irlande, ou Colonies et Provinces en Amérique, les jurés, en tels cas, seront composés de sujets nés, comme il est dit ci-dessus; et que dans tous procès ou actions entre les Canadiens ou nouveaux sujets de Sa Majesté, les jurés seront composés de tels Canadiens ou nouveaux sujets; et que dans tous procès et actions entre les anciens sujets, et les Canadiens ou nouveaux sujets, les jurés sont composés, d'un nombre égal de chacuns, s'il en est ainsi requis par l'une des parties, dans aucuns des cas ci-dessus mentionnés."

Il a été jugé, sous les dispositions de l'Ordonnance du Lieutenant-Gouverneur et du Conseil Législatif de la province de Québec de 1785, 25 Geo. III, chap. 2, sec. 9, qu'il y a lieu à un procès par jury dans une action en dommages pour inexécution d'une promesse de mariage. (*Ferguson* vs. *Patton*, C. S., Québec, 10 décembre 1853, DUVAL, J., et MEREDITH, J., 4 R.J.R. Q., p. 206.)

Il a été jugé, sous les dispositions de la sec. 9 du chap. 2 des Ordonnances du Lieutenant-Gouverneur et du Conseil législatif de la province de Québec de 1785, 25 Geo. III, qu'il y avait lieu à un procès par jury dans une poursuite pour le recouvrement du montant d'une assurance contre le feu, quoique l'assuré ne fût pas commerçant. (*McGillivray* et *La Compagnie d'Assurance de Montréal*, C. B. R., Montréal, 12 mars 1855, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J., et CARON, J., renversant le jugement de C. S., Montréal, 17 octobre 1853. Sur le jugement de la Cour Supérieure, l'Hon. juge Vanfelson était dissident. 4 R. J. R. Q., p. 404.)

Dans une action en dommages en déclaration de paternité, il n'y a pas lieu à

(2) Vide Guyot, Rép., Vo. adhésion.

" fendeur soit condamné à rendre et renvoyer au Demandeur, " sa dite épouse, sous tel délai qu'il plaira à cette cour de fixer, " et à ce qu'à défaut par le Défendeur de ce faire dedans tel " délai, et icelui délai passé, à ce que, par le même jugement " et sans qu'il en soit besoin d'autre, le Défendeur soit autori- " sé de prendre et d'aller chercher sa dite épouse chez le Dé-

un procès par jury. (*Clarke* vs. *McGrath*, C. S., Montréal, 30 décembre 1856, DAY, J., SMITH, J., et BADGLEY, J., 5 R. J. R. Q., p. 362.)

Dans une action en dommages contre un aubergiste par le propriétaire d'un cheval qui avait eu le crin de la queue et du col rasé pendant qu'il était dans l'écurie de l'aubergiste, et dont le propriétaire, suivant ses allégations, ne pouvait plus se servir sans s'exposer au ridicule, il a été jugé, sous les dispositions de la section 9 du chapitre 2 des Ordonnances du Lieutenant-Gouverneur et du Conseil Législatif de la province de Québec de 1785, 25 Geo. III, qu'il n'y a pas lieu à un procès par jury. (*Durocher* vs. *Meunier*, C. S., Montréal, 19 octobre 1857, DAY, J., MONDELET, J., et BADGLEY, J., 6 R. J. R. Q., p. 92.)

Dans une action en dommages, intentée par deux hommes de profession contre trois marchands pour inexécution d'un contrat de vente d'un chemin de fer, que les Demandeurs alléguaient leur avoir fait, il n'y a pas lieu à un procès par jury et les conclusions du plaidoyer des Défendeurs demandant un procès par jury seront rejetées sur motion. (*Abbott et al.* vs. *Meiklehām et al.*, C. S., Montréal, 28 juin 1858, DAY, J., 7 R. J. R. Q., p. 40.)

La sous-sec. 8 de la sec. 4 du chap. 89 des Statuts du Canada de 1851, 14 et 15 Vict., était en ces termes : "Que dans toute poursuite ou action civile d'une nature mercantile, entre marchands, commerçants ou corporations faisant commerce, ou entre marchands, commerçants et corporations, et des personnes non engagées dans le commerce, il sera loisible à la dite cour ou aux juges, sur la demande sans opposition de la part de l'une ou de l'autre partie, d'ordonner que les jurés qui devront être assignés pour décider les contestation ou contestations soulevées dans telle poursuite ou action, seront pris et choisis parmi les personnes désignées dans la liste des jurés spéciaux comme marchands et traficants, dans l'ordre dans lequel leurs noms se trouveront inscrits successivement sur la dite liste : et si aucune des parties dans telle poursuite ou action s'oppose à la dite demande, la cour ou les juges ordonneront que le jury assigné pour le procès soit composé en nombre égal des personnes désignées sur la liste des jurés spéciaux comme marchands et commerçants, et de celles qui ne sont pas désignées comme tels dans la dite liste ; et il ne sera pas loisible à l'une ou l'autre partie, en pareil cas, de retrancher de la liste des jurés dressée par le protonotaire ou greffier, les noms de plus de six personnes y désignées comme marchands ou commerçants, et de six personnes non désignées comme tels sur la dite liste."

Il a été jugé, sous les dispositions de la sec. 9 du chap. 2 des Ordonnances du Lieutenant-Gouverneur et du Conseil Législatif de la province de Québec de 1785, 25 Geo. III, et de la sous-sec. 8 de la sec. 4 du chap. 89 des Statuts du Canada de 1851, 14 et 15 Vict., qu'il n'y a pas lieu à procès par jury dans une action intentée par un commerçant contre un autre commerçant, en revendication d'effets volés, quoique le Défendeur allègue dans son plaidoyer qu'il a acheté ces effets de bonne foi et dans un marché public. (*Fawcett et al.* vs. *Thompson et al.*, C. S., Montréal, 30 avril 1859, BERTHELOT, J., 7 R. J. R. Q., p. 462.)

La section 26 du chap. 83 des S. R. B. C. contenait les dispositions suivantes : "Toutes personnes ayant des poursuites et actions civiles dans la Cour Supérieure, fondées sur dettes, promesses, contrats et conventions d'une nature mercantile seulement, entre négociants, marchands, commerçants ou corporations faisant commerce, réputés tels suivant la loi, ou entre négociants, marchands, commerçants ou corporations, et des personnes non engagées dans le commerce, ou sur des torts personnels qui doivent être compensés en dommages,—ou sur quelque tort, souffert à raison de délits ou quasi-délits relativement aux biens meubles seulement, qui doit être compensé en

" fendeur par toutes les voies et contraintes que de droit, et " suivant le cours de la loi, à ce qu'il soit fait défenses et inhi- " bitions au Défendeur de retirer chez lui la dite épouse du " Demandeur sous toutes les peines de droit, enfin à ce que " pour les dites causes, le Défendeur soit condamné à lui payer, " pour dommages, la somme de £60 avec intérêt et dépens." Le Défendeur plaida qu'il était bien fondé à retenir sa fille, la femme du Demandeur, chez lui, par suite des sévices exercés sur elle par ce dernier, et il s'en rapporta au pays par les conclusions de ses défenses. Le Demandeur fit motion, le 21 mars, 1864, pour faire rejeter cette partie des conclusions des dé-

dommages, intérêts et dépens seulement.—pourront, à l'option de l'une ou de l'autre des parties, avoir et obtenir un procès et un verdict par jury tant pour décider les matières de fait, que pour estimer et constater les dommages pour torts personnels ou autres dans telles causes."

La sec. 39 du chap. 84 des S. R. B. C. contenait les dispositions suivantes : "Dans toute poursuite civile d'une nature mercantile, entre marchands, commerçants, ou corporations faisant commerce, ou entre marchands, commerçants et corporations, et des personnes non engagées dans le commerce, la cour ou un juge d'icelle sur la demande sans opposition de la part de l'une ou de l'autre partie, pourra ordonner que les jurés qui devront être assignés pour décider la contestation soulevée dans telle poursuite, seront pris et choisis parmi les personnes désignées dans la liste des jurés spéciaux comme marchands et commerçants, dans l'ordre dans lequel leurs noms sont inscrits successivement sur la dite liste, omettant les noms intermédiaires de celles qui ne sont ni marchands ni commerçants."

Il a été jugé, sous les dispositions de la sec. 26 du chap. 83 des S. R. B. C., et de la sec. 39 du chap. 84 des S. R. B. C., que dans une action en dommages entre commerçants, résultant d'une poursuite malicieuse relative à des affaires d'une nature mercantile, il n'y a pas lieu à un procès par jury. (*Fogarthy* vs. *Morrow et al.*, C. S., Montréal, 30 juin 1860, BERTHELOT, J., 9 R. J. R. Q., p. 180.)

Il a été jugé, sous la sec. 26 du chap. 83 des S. R. B. C., que, dans une poursuite par un principal, commerçant, contre l'agent, demandant une reddition de compte d'effets et de marchandises que le principal lui avait envoyés pour vendre, il n'y a pas lieu à un procès par jury. (*Mann et al.* vs. *Lamb*, C. B. R., Montréal, 5 mars 1862, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J., et MONDELET, J., confirmant le jugement de C. S., Montréal, 30 novembre 1861, BERTHELOT, J., et BADGLEY, J., 8 R. J. R. Q., p. 254.)

Dans une poursuite par un imprimeur, relative aux affaires de son imprimerie, il y a lieu à un procès par jury. (*Lovell* vs. *Campbell et al.*, C. S., Montréal, 30 novembre 1861, BERTHELOT, J., 10 R. J. R. Q., p. 207.)

Dans une poursuite par une corporation non commerciale contre une société commerciale pour le recouvrement d'une certaine somme payée pour fret que l'on dit être une surcharge, il y a lieu à un procès par jury, sous les dispositions de la sec. 26 du chap. 83 des S. R. B. C. (*Le principal Secrétaire d'Etat de Sa Majesté* vs. *Edmonstone, Allan & Co.*, C. S., Montréal, 20 novembre 1862, MONK, J. A., 10 R. J. R. Q., p. 400.)

Le prêt d'une somme d'argent par un non commerçant à une société commerciale, n'est pas présumé une affaire commerciale, et une lettre écrite par la société accusant réception de la somme prêtée et promettant la rembourser avec intérêt ne constitue pas un billet promissoire, et, dans une poursuite pour le recouvrement de ce prêt, il n'y a pas lieu, sous les dispositions de la sec. 26 du chap. 83 des S. R. B. C., à un procès par jury. (*Gilmour et al.* et *Wishaw*, C. B. R., Montréal, 7 mars 1865, DUVAL, J. en C., AYLWIN, J., *dissident*, MEREDITH, J., *dissident*, MONDELET, J., et DRUMMOND, J., confirmant le jugement de C. S., Montréal, 20 novembre 1862, MONK, J., 10 R. J. R. Q., p. 391.)

fenses, qui demandait un procès par jurés, sur le principe que la présente action n'en est pas susceptible. A l'appui de sa motion, le Demandeur cita la cause de *Clarke* vs. *McGrath*.

PER CURIAM : Cette cause est susceptible d'un procès par jurés. La motion du Demandeur est en conséquence renvoyée. La cour, après avoir entendu les parties sur la motion du Demandeur que l'option faite par le Défendeur de s'en rapporter au pays, soit déclarée irrégulière, illégale et nulle, et mise au néant, le tout avec dépens, après avoir examiné la procédure et avoir délibéré, a rejeté et rejette la dite motion. Procès par jurés ordonné. (8 *J.*, p. 131 et 14 *D. T. B. C.*, p. 446.)

LAFRENAYE et ARMSTRONG, avocats du Demandeur.

LEBLANC, CASSIDY et LEBLANC, avocats du Défendeur.

DOUAIRE COUTUMIER.—LICITATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th June, 1863.

Coram MONK, A. J.

DENIS *vs.* CRAWFORD.

Held: That the *douaire coutumier* does not affect a mere undivided interest or share in real property, where such property is sold by *licitation forcée*, the effect of the licitation being to convert the right of dower on the land to a claim on the moneys resulting from the sale of the property; and this even in the case of a *tiers acquéreur*. (1)

This was an action to recover from Defendant an undivided tenth of a farm owned by him in the vicinity of Montreal. The Plaintiff claimed to be the assignee of the widow and children of Etienne Nivard St. Dizier, who were alleged to be entitled to the property as being affected with the *Douaire Coutumier* resulting from the marriage of Mr. and Mrs. St. Dizier, at the city of New York, in the year, 1817; St. Dizier, by right of inheritance, having become proprietor of an undivided fifth of the farm, by the death of his father in 1820. The Defendant pleaded that he acquired the real estate by deed of sale, executed on the 29th day of December, 1842, before Guy and his colleague, notaries public, by the widow and heirs of Joseph Chapman, in his lifetime of the City of Montreal, merchant and brewer, in favor of Defendant; that Joseph Chapman acquired the said real estate at a sale by forced licitation, *licitation forcée*, made and had on the 16th day of February, 1824, in a cause, bearing the number 1820, amongst the records of the then Court of King's Bench for the district of Montreal, wherein Etienne Nivard St. Dizier, was Plaintiff,

(1) V. art. 1434 C. C.

and Marie Anne Magnan, widow of Etienne Nivard St. Dizier, as *commune en biens* with her husband, Joseph St. Dizier, Emilie St. Dizier, and Marie Anne St. Dizier, were Defendants, and Toussaint Pothier, tutor *ad hoc* to Edouard St. Dizier, minor child, issue of the marriage of Etienne Nivard St. Dizier, with Marie Anne Magnan, was intervening party ; that, at the said sale, the said real estate was adjudged to Joseph Chapman, as the last and highest bidder, for the price or sum of £2015, to be used, the said real estate, by Chapman as his own absolute property, *en toute propriété* ; that, by reason of the premises, and by law, the rights of every kind and description of Plaintiff Etienne Nivard St. Dizier and of all persons pretending to claim by or through him, or by or through, or as resulting from any pretended marriage with him, ceased, from and after the date of such adjudication, to be upon or to the said real estate or any portion thereof or in anywise whatever to effect the same, and thereupon became rights to or affecting such portion of the price or adjudication money as Etienne Nivard St. Dizier was by law entitled to, and that, consequently, the pretended right to customary dower, upon the said real estate, pretended to be claimed by the present action, by reason of an alleged marriage between Etienne Nivard St. Dizier and Mary Ann Jermys, did not, at the time of the institution of this action, and does not now, in any way, affect the said real estate so purchased and acquired by Defendant."

OUIMET, for Plaintiff, argued that what the Defendant really relied on here was, that the *licitation forcée* purged the land of the dower, a pretension that was wholly unfounded in law. The procedure invoked could not produce any greater effect than a *décret* ; and the dower not being open at the time of the adjudication, it was quite clear that neither a *décret* nor a licitation could purge the land of the right. He then referred the Court to the Consolidated Statutes of L. C., ch. 48, s. 5 ; 6 Toullier, p. 511, No 610 ; Grande Coutume, 3rd vol., pp. 680, 739, 764, 765 ; Pothier, *Douaire*, Nos. 83, 84, to No. 94, also No. 248 ; 2nd Bourjon, p. 525, Nos. 16 and 17, and page 721 ; 1st Pigeau, p. 720 : 2nd Pigeau, p. 475 ; Guyot, *Répertoire*, *Verbo* Licitation, p. 539 ; and the *Ancien Denizart*, *verbo* Licitation, p. 149, No. 17. He admitted, however, that had the Defendant's *auteur* been a *copartageant*, he, in all probability, would have had a right to urge that the dower had ceased with the sale of the property.

BETHUNE, for Defendant, submitted the following points: 1. The claim of Plaintiff (as the pretended assignee of the rights of the widow and children of Etienne Nivard St. Dizier) is, that the property held by De-

fendant "*soit déclaré affecté et sujet au douaire coutumier,*" referred to in the declaration, "*et le Demandeur déclaré propriétaire de la moitié indivise d'un cinquième du dit immeuble.*" The general principle of law invoked here by Defendant is, that the right of an heir in the property of a succession is a mere *droit indéterminé* until after the *partage* of the estate, and that he is not considered to have been ever *seized* of anything else than what may happen to fall to his lot; even if the result of the partage be to deprive him entirely of any share of the real property of the succession and to give him nothing but money. And, as a consequence, that all *hypothèques* and privileges and rights generally, created in respect of his undetermined share in the real property of the succession, vanish and become extinct, (so far as such real property is concerned) when the result of the partage is to leave him nothing but moveables: Pothier, *Succession*, chap. 4, art. 5. sec. 1, pages 206, 207, 4o Ed.; 1st Vol. *Les principes de la Jur. Fr.*, par M. Prévôt de la Jannés, p. 100, No 84; 2nd Vol. Do., page 115, No 390, 2nd par., p. 117, No 393; 1st Vol. Argou, Liv. 2, ch. 28, p. 508, 2nd par.; 1 Troplong (*vente*) No 176, page 248; 1 Bourjon, 2nd part of the *Titre des suc.*, ch. 11, sec. 3, Nos. 35 and 36, page 890; Demolombe, 5th vol., *Successions*, No. 304, et seq.; Guyot, vo *Licitation*, p. 540, 2nd column, 2nd par.; 2nd Pigeau, pages 461, 469, 470: 3rd Valin, *Cout. de la Rochelle*, p. 210, 211, Nos 213, 214, 215. It is admitted in argument by Plaintiff's counsel, that the general principle invoked is applicable as amongst the *copartageans* themselves, but he contends that it cannot be made to apply to the case of a *tiers acquéreur.* In support of which proposition reliance is mainly had on the following authorities: 2nd Pigeau, p. 475; 3rd Vol. Grand Cout., p. 739, No 10; 2nd Bourjon, Tit. 5, sec. 3, Nos 15, 16, and 17, p. 525, 526. No one can deny that the first citation contains a short authoritative statement in support of Plaintiff's proposition. Bourjon, however, in stating in No 17 that he considers the *tiers acquéreur* has a right to retain the purchase money as a protection against the customary dower of such of the *co-licitans* as may be married, (implying, therefore, that the licitation has in no way affected such dower), bases his remark in this respect on the proposition he lays down previously in No. 15, that the effect of an adjudication (*no matter to whom*) in a proceeding *en licitation* is *not* to affect the *hypothèques du chef des co-licitans* in any way "*elle laisse* (he says) *donc subsister toutes les hypothèques.*" And Ferrière, in the citation relied on from the *Grande Coutume*, goes further, and contends (in opposition to *all* the authorities cited by Defendant) that the rights of the wife cannot be affected even by an or-

dinary *partage.* But he is obliged to admit that Maître Duplessis holds (on the contrary) that the only recourse is a claim to recompense out of the portion of the husband's estate not subject to the dower, and that if the estate prove insolvent, the wife and her children "*ne peuvent pas en faire révoquer le partage.*" In the citation from Valin, already made, (No 215) the fact that Bourjon (although agreeing, as per citation above made from first volume, with other writers as to the legal effect of an ordinary *partage* on the *hypothèques*, &c., created by each heir) holds the opinion, that in cases of *licitation* a different rule ought to prevail, is noticed: Valin, however, laying down the rule to be, "par identité de raison il en faut dire autant de la licitation, puisqu'elle est supplétive à partage." Reference may perhaps properly be made here to Demolombe, who (although holding that the general effect of a licitation is not the same in the case of a stranger purchasing as in that of one of the co-licitans becoming adjudicataire (5 vol. No 272, p. 325,) nevertheless draws the distinction as regards the hypothecary creditors of the co-licitans, and shews incontestably that they can only claim on the price of adjudication and are not "fondés à faire au tiers adjudicataire sommation de payer ou de délaisser," (5 vol. No 274, pages 327, 328, 329), and at page 329 he points out that, inasmuch as the purchaser would have a plain remedy en garantie against all the heirs should the hypothecary creditors be held entitled to disturb him, the effect of the exercise of such a remedy would be to destroy all that the law intended should be produced by the partage of a succession. It is also argued by Plaintiff's counsel, that, however much a licitation may affect ordinary "hypothèques," the claim of customary dower can in no degree be affected by it. On this point, reference is respectfully submitted to the following authorities. 2nd vol. *Prévôt de la Jannès,* page 15, No 390, 2nd par. (under the article *Douaire*) in speaking of the properties derived by direct succession (as in this case), the author says: "*mais il n'est censé succéder qu'à ceux qui lui sont échus par le partage avec les co-héritiers,*" and at page 118, No. 383, he says: *L'espérance et le droit de la femme pour son douaire est aussi éteint soit par l'éviction de l'héritage qui y est sujet, ou la résolution du droit que le mari y avait.*" Lebrun (liv. 2, ch. 5, s. 1, dist. 2, page 317, Nos. 1 and 2) says that the dower may suffer *préjudice* by the *éviction* of the husband from the property apparently affected, by reason of an *aliénation nécessaire,* which he says may be of four kinds; amongst the third of which he classifies that of the *licitation entre co-héritiers ou co-propriétaires.* And at page 320, No. 17, he again refers to the *licitation* as so affecting the dower as to give rise to

récompense à la veuve par les héritiers du mari de ce que la licitation soustrait au douaire. Rousseau de Lacombe, in his *Recueil de Jur.*, vo. *Douaire*, page 238. No. 8, says also that *récompense* is due to the widow by the husband's heirs, *de ce que la licitation soustrait au douaire.* Pothier, in his treatise on successions (*loco citato*), makes no distinction between an ordinary *partage* and a licitation, and when treating specially on the subject of dower, (No. 94, page 41, 4o Ed.,) says, that where the property held by the husband in common with others is adjudged to a person other than the husband, the dower is converted into a claim on the money that the husband "*a eu pour sa part dans le prix de la licitation.*" And he says with reference to a *stranger* purchasing, "*lorsque c'est un étranger qui s'est rendu adjudicataire la femme ne peut pareillement exercer son douaire que sur la part de son mari dans le prix de la licitation.*" He also adds (corroborative of what Lebrun says) that "*la licitation est une aliénation nécessaire,*" and that for that reason alone, "*l'héritage cesse d'être sujet au douaire, lequel est transferé au prix.*" And the *Nouveau Denizart, vo. douaire*, page 194, No. 14, endorses to the letter Pothier's statement of the law as specially applicable to the present case. 2. The mariage of Etienne Nivard St. Dizier is not legally proved, in this, that the certificate produced, although (as testified by the professional witnesses examined at New-York) it would be received in the New-York Courts as "legal evidence" would not amount to "*conclusive proof of the marriage.*" 3. The share of *Victoria St. Dizier* (a minor) has never been legally assigned. The following was the judgment of the court: "The court, considering that Plaintiff has "failed to prove the essential allegations of his declaration, "and that Defendant hath, by legal and sufficient evidence, "established the allegations and averments of his defence, and "that the said defence is well founded in law, doth dismiss "the action of Plaintiff, with costs." (7 *J.*, p. 251.)

Ouimet, Morin & Marchand, for Plaintiff.

Strachan Bethune, for Defendant.

Saisie-arrêt.

SUPERIOR COURT, Montreal, 29th September, 1863.

Coram BERTHELOT, J.

FLECK *vs.* STARNES, *et al.* *and* ST. CYR, T. S., *and* BROWN, intervening party.

Held: That it is not competent for the sheriff, in a case of *saisie-arrêt en main tierce*, to seize corporeally as the property of the Defendant's effects in the hands of a third party, and a seizure so made is null and void and will be quashed and set aside, on motion made to that end by any party legally interested. (1)

This was a motion by the intervening party that the seizure made in this cause by the sheriff of a quantity of railroad iron, in the possession of the *tiers-saisi*, and claimed by the intervening party as his property, as alledged in his intervention, be quashed, annulled and set aside with costs to the intervening party, on the ground that the effects were corporeally seized as the alledged property of Defendants in

(1) Un affidavit pour saisie-arrêt avant jugement alléguait *que le défendeur recélait ses biens, dettes et effets, avec l'intention de frauder ses créanciers, et le déposant en particulier ; qu'il y avait dans un magasin désigné, occupé pour les affaires du défendeur, divers livres de compte, écrits, pièces justificatives, documents, valeurs et correspondances du défendeur contenant la preuve de créances et de biens d'une valeur indiquée appartenant au défendeur, et qu'il y avait aussi entre les mains et en la possession d'un tiers mentionné divers livres de compte, écrits, pièces justificatives, documents, valeurs et correspondances du défendeur par l'exhibition desquels le déposant pourrait assurer le paiement de sa créance ; que plusieurs des dits livres de compte, etc., sont continuellement changés et altérés par la connivence du défendeur qui est insolvable dans le but de dénaturer l'état de ses affaires, et que, sans le bénéfice d'une saisie-arrêt avant jugement pour saisir et arrêter tous et chacun des livres de compte, écrits, pièces justificatives, documents, valeurs et correspondances du défendeur, tant ceux qui sont dans le magasin désigné qu'ailleurs, et ceux entre les mains du tiers aussi indiqué, le déposant perdra sa créance et souffrira des dommages.* Un bref a émané ordonnant au shérif de prendre sous sa garde *les livres de comptes, écrits, pièces justificatives, documents, valeurs et correspondances du défendeur dans une certaine bâtisse ou ailleurs,* (sans spécifier en la possession de qui ils devaient être saisis,) *et de les détenir sous sa garde jusqu'au jugement du tribunal.* Le shérif fit rapport qu'il avait exécuté ce bref *et pris sous sa garde les livres de compte, etc.* Il a été jugé, sous les dispositions de l'ordonnance du Lieutenant-Gouverneur et du Conseil Législatif de 1787, 27 Geo. III, ch. 4, que cette saisie-arrêt était illégale ; que le bref doit être spécial et indiquer en la possession de qui les effets doivent être saisis ; que l'ordre au shérif de *détenir les effets en sa possession* est contraire à l'ordonnance qui permet la remise des effets en fournissant caution ; que, si on voulait procéder sous les lois existant avant la conquête, on devait observer les formalités qui étaient requises pour l'apposition des scellés ; que les effets entre les mains d'un tiers ne peuvent être saisis que par une assignation à ce tiers et au défendeur. (*Richardson* et *Molson*, Cour d'Appel, Québec, 20 novembre 1829, SEWELL, J.-en-C., et KERR, J., 1 *R. J. R. Q.*, p. 307.)

La saisie-arrêt simple ou conservatoire, lorsqu'elle est dirigée contre des effets en la possession du débiteur, peut être exécutée de manière à le priver de la possession de ces effets ; mais lorsque la saisie est faite de biens entre les mains d'un tiers comme débiteur du débiteur, et comme ayant des biens

the hands of the *tiers-saisi*, a procedure wholly unjustifiable and illegal under the circumstances; the duty of the Sheriff in such a case being limited to simple service of the writ of attachment on the *tiers-saisi*. And, in support of the motion, reliance was had on the doctrine laid down by the late Chief Justice REID, in pronouncing the judgment of the Court of Appeals, in the case of Wood and Gates.

PER CURIAM: It is impossible that the court can sanction such a course as has been resorted to in the present case. It would appear, that the Sheriff, in the case of an attachment (en main tierce), not content with the mere service of the writ on the (tiers-saisi), which was all he could do legally, has ventured, at the suggestion apparently of Plaintiff, to seize corporeally in the possession of the (tiers-saisi) a large and valuable quantity of iron, on the pretence that it was Defendant's property. Such a proceeding is entirely illegal, and the seizure, under the circumstances, is a nullity. The motion, therefore, made by the intervening party, who claims, by his intervention, to be the owner of the property seized, is maintained, with costs. (7 *J.*, p, 256.)

CROSS & LUNN, for Plaintiff.

LAFRENAYE and ARMSTRONG, for Defendants.

STRACHAN BETHUNE, for Intervening party.

lui appartenant, il ne peut y avoir de saisie corporelle des effets, et le tiers-saisi n'en peut être dépossédé, vu qu'il n'est pas le débiteur personnel du saisissant et qu'il n'est sujet à aucune condamnation jusqu'à ce qu'il ait fait sa déclaration, ou ait refusé de la faire, de ce qu'il doit, ou de ce qu'il a entre les mains appartenant au débiteur ; et, même alors, il n'est considéré que comme dépositaire de la chose saisie, sujet à l'ordre du tribunal. La saisie de biens entre les mains d'un tiers n'est qu'un simple avis ou une dénonciation du droit du créancier sur la propriété du débiteur entre les mains de ce tiers qui ne peut être molesté jusqu'à ce que sa responsabilité soit déterminée. Une saisie-arrêt en main tierce commandant au tiers-saisi de payer la dette du défendeur et ordonnant la saisie des effets du défendeur entre les mains du tiers-saisie est une saisie-exécution, et en conséquence est nulle et sera déclarée telle sur motion. (*Wood* et *Gates et al.*, Cour d'Appel, Québec,30 avril 1833, REID, J-en-C., 1 *R. J. R. Q.*, p. 397.)

SAISIE-ARRET.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 6th June 1865.

Before: DUVAL, Chief-Justice, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, Justices.

ALEXANDER FLECK, (Plaintiff in the Court below), Appellant, and BROWN, (intervening party in the Court below), Respondent.

Held: That, although a seizure *corporeally* effected of property in the hands of a *tiers-saisi* is null, an intervening party cannot by motion made immediately after he is allowed to intervene and before any issue is joined on the intervention, claim the quashing of the seizure.

The judgment of the Superior Court is reported *suprà* p. 308.

In appeal Duval, Chief-Justice, said: This was an appeal from a judgment of the Superior Court quashing a seizure, corporeally made by the sheriff, of a quantity of railroad iron, *in the hands of a third party*, under an ordinary writ of *saisie-arrêt* before judgment. Respondent, who claimed to be the owner of the iron, intervened and moved, inasmuch as a corporeal seizure of the iron in the hands of the third party was illegal, the exigency of the writ being fulfilled by the service of the writ on such third party, that the seizure be quashed. Appellant answered that according to the sheriff's return, the iron was seized in the *possession of the Defendants*, and until that return was got rid of, the Court was without evidence that the iron was seized in the hands of a third party. His honor said the sheriff's proceedings were extraordinary, but the intervening party had been premature. At the time he made his motion, there was no issue joined. The Court had no evidence to show that the property really belonged to Mr. Brown. The judgment must therefore be reversed. Judgment reversed unanimously.

JUDGMENT: "Considering that, at the time Respondent, intervening party in the Superior Court, made his motion praying the Court to annul the seizure made by the sheriff at the instance of Plaintiff, of the eight hundred and five bars of railroad iron, mentioned in the sheriff's return to the writ of attachment issued: Considering, further, that, at the time of the rendering of the judgment by the said Court, on the said motion, no written or parol evidence had been, or could have been, legally given before the said Court, in support of the said motion, and that, therefore, in the judgment pronounced by the Superior Court granting the motion, and annulling the seizure, there is manifest error: this Court doth reverse, annul etc., and doth order Respondent to take nothing

by the motion, and doth condemn Respondent to pay the costs incurred as well in the Superior Court, as in this Court. (15 *D. T. B. C.*, p. 416; 9 *J.*, p. 216 et 1 *L. C. L. J.*, p. 32.)

CROSS and LUNN, for Appellant.

BETHUNE, Q. C., for Respondent.

LAST WILL.—PROHIBITION TO SELL.

PRIVY COUNCIL, 13th December, 1867.

On Appeal from the Court of Queen's Bench of Lower-Canada.

Present: Lord ROMILLY (The Master of the Rolls), Sir JAMES WILLIAM COLVILE, Sir EDWARD VAUGHAN WILLIAMS, and Sir RICHARD TORIN KINDERSLEY.

JEAN-BAPTISTE RENAUD, Appellant, *and* JOSEPH GUILLET DIT TOURANGEAU, Respondent.

Held: A Testator, in *Lower Canada*, by his will, devised and bequeathed his moveable and immoveable property, in specified portions, to his children, and directed that they should not in any manner incumber, affect, mortgage, sell, exchange, or otherwise alienate the immoveables being in their respective lots, as devised by the will, until the period of twenty years from his death.

Part of the immoveable property so devised to one of the children, who had confessed judgment in favour of a Creditor, was seized by the Sheriff in execution. The Court of Queen's Bench, on appeal, reversing the decision of the Judge of the Superior Court, held that the restriction in the will was valid according to the law in force in *Lower Canada*. Such decision reversed by the Judicial Committee, as being contrary to the general principles of jurisprudence, as well as the old French law prevailing in *Lower Canada*, founded on the Civil Law.

The Appellant was a judgment creditor of the Respondent. The appeal was brought to decide the right to certain lands and tenements in possession of the Respondent which were taken in execution by the Sheriff of Quebec, under a writ of *Fieri Facias* issued upon the Appellant's judgment, under the following circumstances: The Respondent, on the 29th of November, 1856, confessed judgment in favour of the Appellant for the sum of £1,884 18s 3d. On the 6th of April, 1859, a writ of *Fieri Facias* was issued against the Respondent for the sum of £1,892 14s 5d, being the amount of principal, interest, and costs due upon this judgment, under which execution the sum of £105 15s 4d, was levied and paid to the Appellant. On the 23rd of November, 1860, a writ of *Alias Fieri Facias* was issued against the Respondent to recover the sum of £1,782 9s 9d, being the balance then due on the judgment, and under that writ the Sheriff seized the lands and tenements of the Respondent in question in this appeal.

The Respondent filed an opposition *à fin d'annuler* to the seizure, alleging that the property had come to him under the will of his father, and that by a clause in the will it was expressly directed that the Testator's children should not in any way incumber, affect, mortgage, sell, exchange, or otherwise alienate the immoveables being in their respective lots, under the will, until after twenty years from the death of the Testator; that the Testator died in the year 1855, and that the lands and tenements, therefore, could not be charged or alienated by the Respondent, and were not liable to seizure. The clause in question was as follows: "*Quatorzièmement.— Je veux et j'ordonne expressément que mes dits enfants ne puissent en aucune manière engager, affecter, hypothéquer, vendre, échanger, ou autrement aliéner les biens immeubles étant dans leurs lots respectifs d'après les deux partages que j'en ai faits comme ci-dessus qu'après vingt ans à compter du jour de mon décès, sous peine de nullité de tous actes qu'ils feront contraires à mon intention, à l'exception toutefois de l'emplacement situé en la paroisse de Saint-Roch de Québec, sur le niveau nord de la rue des Fossés, et décrit en le présent testament, dont le détenteur et possesseur pourra disposer en toute proprieté quand et comme bon lui semblera du jour de mon décès.*" The Appellant filed a *défense au fond en droit* and an exception *péremptoire* to the opposition. The *défense au fond en droit* was first argued, and on the 5th of May, 1862, the Judge of the Superior Court (Mr. Justice TASCHEREAU) gave judgment in the Appellant's favour, on the ground that the clause in the Testator's will prohibiting alienation was void according to the Canadian Law, and dismissed the opposition with costs. Here follows the said judgment: " La cour, considérant que la clause énoncée au testament de Joseph G. Tourangeau, en date du 6 juin 1855, passé à Québec, par devant Gauvreau et son confrère, notaires publics, et en vertu de laquelle, l'Opposant prétend que les immeubles à lui légués par son père, et saisis en cette cause, ne pouvaient être légalement quant à présent saisis en cette cause à raison de la défense d'aliéner contenue en telle clause du testament, contient une défense d'aliéner qui ne peut en loi produire d'effet sérieux, et doit plutôt être considérée comme renfermant un conseil plutôt qu'une défense sérieuse d'aliéner. Considérant, de plus, que la dite clause ne contient aucune disposition à l'égard des dits immeubles dans le cas où la défense d'aliéner serait violée par le Défendeur, et qu'il n'y a ni substitution d'établie, ni indication de personnes à qui iraient les dits biens dans le cas où le Défendeur en aliénant aurait perdu la propriété ou la jouissance des dits immeubles. Considérant que la clause susdite ne peut être considérée comme léguant

la propriété ou la possession des dits immeubles au Défendeur, à titre d'aliments ou comme insaisissables, à moins d'une stipulation expresse à cet égard ; maintient la défense en droit du Demandeur à l'opposition à fin d'annuler du Défendeur et renvoie la dite opposition, avec dépens."

From this judgment the Respondent appealed to the Court of Queen's Bench, consisting of Justices AYLWIN, DUVAL, MEREDITH, MONDELET and BERTHELOT, which court, on the 16th of March, 1863, reversed the decision of the Superior Court, on the ground that the restriction being limited to twenty years was valid (Mr. Justice DUVAL and Mr. Justice MEREDITH *dissenting*,) and remitted the record to the Superior Court.

Here follow the remarks of the Judges and the judgment in appeal.

MEREDITH, J., *Dissentiens:* The remarks of the learned judge are quoted hereafter, p. 321.

BERTHELOT, J. : Par son testament du 6 Juin, 1855, Gauvreau, notaire, feu Joseph Guillet dit Tourangeau a disposé de ses biens en faveur de ses enfants, "avec défense d'engager, " affecter, hypothéquer, vendre, échanger au autrement aliéner " les dits biens immeubles qu'après vingt ans à compter du " jour du décés du testateur sous peiné de nullité de tous actes " qu'ils feront contraires à la dite intention du testateur." La question soulevée est de savoir si cette défense doit avoir son effet ou si elle ne doit pas tomber à néant attendu que le testateur n'a pas établi de substitution et n'a pas indiqué à qui iraient les biens dans le cas où les légataires en aliénant auraient perdu la propriété ou la possession des dits immeubles. Il faut bien remarquer qu'il ne s'agit que d'une défense d'aliéner limitée à vingt ans et non pas d'une défense d'aliéner pour toujours et, si l'on voulait bien comprendre combien il y a de différence entre l'un et l'autre cas, on ne trouverait pas toute la difficulté que l'on croit voir dans cette espèce. Sous l'ancien droit français, une défense d'aliéner pour toujours, sans substitution ou sans indication de personne pour recueillir, dans le cas où la condition serait violée par le légataire ou le donataire était regardée comme nulle et sans effet. C'est ce qui paraît être enseigné par *Ricard* et *Pothier*, aux endroits cités dans le factum de l'Intimé, dans le cas d'une défense d'aliéner illimitée, u. is ni l'un ni l'autre n'ont traité de la défense d'aliéner pour un temps, en sorte que l'on ne doit pas recevoir comme règle absolue, ce que l'un et l'autre nous enseignent sur ce sujet. Dans cette cause il ne s'agit que de défense durant un certain temps (cas tout différent) et qui est regardé avec raison par Troplong, *Donations*, No 271, et par Demolombe, vol. 18, No 294, comme étant une clause qui doit

avoir son effet. Troplong s'exprime ainsi : " La prohibition " d'aliéner n'est ainsi contraire à la liberté qu'autant qu'elle " est absolue : c'est alors seulement qu'elle est considérée comme " non écrite." Demolombe, n° 294 : " Mais si nous considérons " comme illicite " la condition de ne pas aliéner lorsqu'elle est " absolue et indéfinie, notre avis est *au contraire*, qu'il faut " la considérer comme licite lorsqu'elle est seulement relative " et temporaire et qu'elle se trouve d'ailleurs justifiée par un " intérêt sérieux. C'est ce qui peut arriver dans trois cas, à " savoir lorsqu'elle a pour but de garantir : *a.* soit l'intérêt " du disposant, *b.* soit l'intérêt d'un tiers, *c.* soit même aussi l'in- " térêt du donataire ou du légataire." Après avoir expliqué ce qu'il entend par l'intérêt du disposant et l'intérêt d'un tiers, il en vient au n° 303, à dire " enfin nous avons dit qu'il se pou- " vait même que la condition de ne pas aliéner doit être con- " sidérée comme licite dans le cas où elle aurait été imposée " dans l'intérêt du donataire ou du légataire. Cette dernière " application de notre règle est toutefois la plus délicate. Le " disposant, par exemple, a mis pour condition que le dona- " taire ou le légataire qui est encore un jeune homme de 20 " ans ne pourrait pas aliéner avant d'avoir atteint l'âge de 25 " ans ou avant de s'être établi par mariage. Est-ce licite ? non, " pourrait-on répondre car une telle condition n'est qu'une " prolongation de minorité et d'incapacité relativement à la " chose donnée ou léguée, et puis si on peut défendre l'aliéna- " tion au gratifié pendant cinq ans, pourquoi pas pendant dix " ans, vingt ans, pendant toute sa vie. Nous avions d'abord " été portés à la croire ainsi. Mais pourtant est-ce que l'on ne " considère pas généralement comme licite la condition qui serait " imposée au donataire ou au légataire de ne pas se marier " avant un certain temps. Or la capacité de se marier est certes " tout autant de droit public que la capacité d'aliéner, et puisque " la condition de ne pas se marier avant un certain temps " est licite, pourquoi la condition de ne pas aliéner avant un " certain temps serait-elle illicite ?" Il me semble que l'on ne peut douter quel est le sentiment de l'auteur et je ne vois pas qu'il se soit contredit en disant au n° 206 " qu'un légataire qui " aurait consenti à l'aliénation ne serait pas reçu ensuite à se " prévaloir contre les tiers auxquels il aurait concédé des " droits, de la défense d'aliéner, qui lui aurait été imposée et " qu'il aurait lui-même enfreinte ; car il ne se peut pas qu'il " évince ceux-là mêmes auxquels il doit garantie." Pandectes, vol. 12, p. 245, quand la défense d'aliéner fait présumer l'existence d'un fidéicommis " mais si les testateurs n'adoptent ce " mode de disposition que dans l'intérêt de leurs enfants des- " cendants, &c., &c., elle doit être observée ; cette défense " toutefois ne peut préjudicier ni aux créanciers ni au fisc." Si

donc pour se conformer à cette disposition l'héritier a vendu ses propres biens pour acquitter les dettes du testateur les fidéicommissaires courront les mêmes chances. *L'on voit qu'il ne s'agit que des créanciers du testateur* et non de ceux du légataire. Dans le cas actuel, le légataire n'a pas vendu ; il a contracté une dette, il devra la payer sur la garantie qu'il en a donnée et pouvait donner sur ses biens libres, ou *ceux qu'il tient de son père,* sur et à même les revenus qu'ils pourront donner pendant vingt ans. C'est là l'étendue de la garantie qu'il a donné et pouvait donner, il ne pouvait donner plus de sûreté que celle des biens tels qu'ils lui étaient donnés et comme ils étaient donnés. Il n'y a eu aucune surprise ni mauvaise foi de sa part. Le créancier avec qui il a traité connaissait le testament du père ou avait les moyens de le connaître, comment pourrait-il donc se plaindre, et d'ailleurs, si le testateur n'eut rien donné à son fils ou n'eut légué qu'avec une clause d'insaisissabilité, qu'est-ce que le créancier aurait eu à dire ? Rien du tout. Enfin Demolombe raporte, au n° 308, un arrêt de la Cour de cassation cassant un jugement de la cour de Lyon, qui avait déclaré illicite et contraire aux lois, une clause par laquelle le donateur déclare que le donataire ne pourrait pas aliéner même avec son consentement, laquelle clause avait été enfreinte par l'un et l'autre, cependant l'hypothèque consentie par le donateur et le donataire fut annulée. Sous notre législation actuelle,avec la liberté illimitée de tester ainsi qu'elle existe par le statut de 1801, je pense qu'il y a beaucoup plus de raison de suivre ce qui est enseigné par Troplong et Demolombe. Ricard, Pothier et autres auteurs ont écrit et raisonné sous l'empire d'un système différent du droit de tester et nous ne pouvons recevoir leur doctrine sans restriction. Ne pourrait-on pas dire aussi que, d'après la règle que le donateur ou testateur est libre d'apposer à sa libéralité telle condition qu'il lui plaît, le legs dans les termes qu'il est fait doit avoir tout son effet suivant les intentions du testateur bien clairement exprimées. C'est là ce que nous devons tâcher d'effectuer. L'on voit assez ce que le testateur a voulu. Si cette clause devait être sans effet je croirais qu'il serait bien difficile pour un testateur de s'exprimer de manière à s'assurer de l'exécution de ses volontés, pourvu toujours qu'elles ne fussent pas contraires à une loi positive ou aux bonnes mœurs, ce qui n'est nullement le cas dans ce testament, car ce sont là les deux seules exceptions qui peuvent empêcher de donner suite aux volontés d'un testateur. Dans le cas de doute entre les deux systèmes soutenus par les parties et les auteurs, je suis naturellement disposé et je crois que je dois pencher pour la *conservation des biens*, et les enlever à l'atteinte des créanciers durant le temps que le testateur a voulu pour l'avantage de

son légataire, et comme dit Troplong, *loco citato*, pour l'accoutumer *à être propriétaire*. En outre, je pense qu'il n'était pas opportun de décider la question aussi abstraitement qu'elle l'a été sur une défense en droit. J'aurais ordonné aux parties d'aller à la preuve afin que l'on pût voir et lire le testament. Je n'aime pas à décider une question aussi importante sans lire le testament et toute la procédure et voir même la cause de la dette. Il y aura peut-être alors quelques raisons d'équité qui nous porteront à ne pas mettre de côté la volonté du testateur si sagement et si bien exprimée.

MONDELET, J.: Le question a été, en Cour de première instance, jugée sur la défense au fond en droit à l'opposition. La clause me paraît bien sage, et assurément qu'un père en limitant à vingt ans, le droit chez des enfants, d'aliéner ou hypothéquer les biens qu'il leur laisse, à la condition qu'il juge à propos de mettre à sa libéralité, ne doit pas être rencontré par la singulière raison qu'il ne devait pas être sérieux, que ce n'était qu'un avis, qu'un conseil. Quelques-uns des anciens auteurs se contentent de repousser cette condition ainsi imposée, mais quelles raisons donnent-ils ? Aucune, à mon avis — si ce n'est qu'il n'y a pas de substitution, ni de fidéi-commis d'établi! Qu'a à faire cela à la question ? Il ne s'agit aucunement de substitution, ni de fidéi-commis — et il me semble que le jugement n'aurait dû rien dire de cela. Or, n'y a aucun texte de loi, qui affecte la clause dont il est question. Il faut donc, par conséquent, chercher dans la raison, la justice et une saine philosophie, la solution de cette question qui, à mon avis, ne fait pas la moidre difficulté. Il n'y a rien de plus raisonnable que cette condition, c'est un acte qu'un père sage et prudent est censé avoir eu d'excellentes causes d'imposer. Le testateur pouvait ne pas laisser ce bien à cet enfant, alors les créanciers n'auraient en rien à dire. Il l'a donné à telle condition, ils n'ont encore rien à dire. Il n'y a rien de plus juste envers les enfants qu'il convient d'habituer à jouir en propriétaires sages et prudents, qu'il importe d'empêcher de faire passer leurs biens de famille en mains étrangères. Au reste, cette prohibition est limitée à vingt ans. Il y a dans cette disposition, un acte d'une saine philosophie, de la part du père, qui ne viole aucun principe, qui ne fait rien contre l'ordre public, ni contre les bonnes mœurs, c'est conforme à notre droit du Canada (Stat. de 1774 et Stat. de 1801), mais qui, par la sagesse, contribue à faire faire, ce qu'il importe à la société de voir s'effectuer, l'économie et la prudence de ses membres, et la conservation raisonnable, pour quelque temps du moins, de la propriété, dont la stabilité est d'une grande importance. Je pense, va sans dire, que l'autorité de Troplong en dit plus, en peu de lignes, que tout ce que certains auteurs

se sont complu à répéter les uns après les autres ; il est à peine nécessaire que j'ajoute que je préfère me ranger avec lui, du côté de la raison, de la justice et de la philosophie, en l'absence d'un texte formel de la loi, que d'accepter sans les soumettre à l'analyse raisonnée, les assertions crues de quelques auteurs qui se bornent à les faire, ou qui, pour appuyer leur sentiment mettent la substitution et le fidéi-commis en scène, là où il n'en est aucunement question. Je me contente donc de lire les quelques lignes de Troplong qu'appuie Demolombe, et de résumer toute ma pensée dans leur opinion si exactement exprimé et bien mieux rendue que je ne le pourrais faire. (1) J'ajouterai pourtant que ce n'est pas parce que Troplong et Demolombe pensent ainsi, que je me décide, mais parce que leur sentiment étant d'accord avec ce que je pense être vrai, je les cite comme appuis, et non comme autorité à laquelle il faille me soumettre. En pareille matière, je ne me soumets qu'à un texte de la loi, ou d'ordonnance. Je pense donc que le jugement de la Cour de première instance devrait être infirmé, et la défense en droit renvoyée.

Le juge AYLWIN a prononcé le jugement comme suit : " La Cour : Considérant que par le testament de Joseph G. Tourangeau, en date, à Québec, du six juin, 1855, devant H.L. Gauvreau et son confrère, notaires, il est expressément ordonné que ses enfants, au nombre desquels est l'appelant, ne pourraient en aucune manière, engager, affecter, hypothéquer, vendre, échanger, ou autrement, aliéner les biens immeubles étant dans leurs lots respectifs, d'après les partages faits au testament, qu'après vingt ans, à compter du jour du décès du téstateur sous peine de nullité de tous actes qu'ils feraient contraires à l'intention du testateur. Attendu qu'il n'y a rien qui vicie cette condition qui a, sans doute, été imposée par le testateur, pour de bonnes raisons de prévoyance, de convenance et d'économie domestique. Attendu que les seules clauses irritantes dans les dispositions entre-vifs ou testamentaires sont celles impossibles, ou qui sont contraires aux lois ou au mœurs. Que la condition imposée par un testateur à sa libéralité, dans le but de vendre les immeubles par lui légués insaisissables par les créanciers du légataire, n'est ni impossible, ni prohibée par la loi, ni contraire aux mœurs. Attendu que la condition du legs n'est rien autre chose qu'une mesure sage et prudente, et que la prohibition d'aliéner doit être réputée équivaloir à une clause d'insaisissabilité temporaire. Attendu que, par le jugement rendu à Québec, le 5 mai 1862, de la Cour de première instance, la défense en droit de l'Intimé a été maintenue, et l'opposition a été ren-

(1) V. citation de Troplong, n° 271 ci-dessus.

voyée, il y a mal jugé. Il est ordonné que le dit jugement soit infirmé; et, procédant à rendre le jugement du tribunal, il est ordonné que la dite défense en droit soit renvoyée avec dépens tant en appel que dans la Cour de première instance. Et, enfin, il est ordonné remise du dossier à la Cour Supérieure à Québec, *Dissentientibus*, M. le juge DUVAL et M. le juge MEREDITH.

The Appellant applied for leave to appeal therefrom to Her Majesty in Council, but leave was refused, on the ground that the proceeding was interlocutory. On the 16th of October, 1863, the Appellant, by leave of the court, filed a *défense au fond en fait*, and also an amended exception *perpétuelle*, which alleged that by a contract of marriage made between Joseph Guillet dit Tourangeau, the elder, and Judith Kenmer dit Laflamme, it was agreed that there should be between them a community of goods according to the custom of Paris; that the lands and tenements in question formed part of the possession so held in common by them; that Judith Kenmer dit Laflamme, died before her husband, and by her will left her share of the property absolutely to her children, of whom the Respondent was one; and that, therefore, if the clause in the will of Joseph Guillet dit Tourangeau, the elder, were valid and of force—which the Appellant by the exception denied — it could only affect the one half of the property which passed by that will, and that as to the other half of the property the opposition should be dismissed. To the above exception the Respondent filed a special answer, which alleged, first,that by a deed, dated the 25th of November, 1856, he had conveyed all the profits of the houses and lands in question that should accrue within twenty years from the decease of his father, and to which he was entitled under the Will of his father, to the Appellant, who had accepted the same, and had there by recognized the will of Joseph Guillet dit Tourangeau, the elder; secondly, that subsequently to the seizure of the lands in question the Appellant had taken in execution and sold goods of the Respondent to the value of £3,000, which had come to him under the will of his father, and the division of property made in accordance therewith, and that the Appellant having so recognized the will of Tourangeau, and the partition of goods thereunder, and having received advantage under it, was not entitled now to dispute its effect; thirdly, that if the provisions of the will of Tourangeau were not to be carried out with respect to the lands, the Appellant should first have compelled a new division of the property, under the respective wills of Tourangeau and his wife, between their children; and that if such division had been made,

the Respondent would have received a much smaller share of the property, to the injury equally of the Appellant and his other creditors. Upon this answer issue was joined. The cause was heard upon the merits on the 10th and 11th of March, 1864, before the Hon. M. Justice TASCHEREAU, who, on the 15th of April, 1864, gave judgment for the Appellant, on the same grounds as those expressed in his former judgment, stating that the judgment of the Court of Queen's Bench having been interlocutory, and an appeal to Her Majesty in Council refused on that ground, the judgment was not binding on him, and that he adhered to his former judgment. From this judgment the Respondent again appealed to the Court of Queen's Bench, consisting of the Chief Justice DUVAL, Justices AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, when the majority of the court were of opinion that the judgment of the Court below, as to the invalidity of the restriction contained in the will in question, was well founded; but, on the 20th of September, 1865, the Court of Queen's Bench gave judgment for the then Appellant, on the ground that the former judgment of the Court of Queen's Bench was binding between the parties, subject only to revision by Her Majesty in Council, and, with respect to his amended exception, that the seizure was void, being made of whole of the tenements. From this judgment Mr. Justice MEREDITH dissented. Mr. Justice MONDELET also dissented from so much of the judgment as decided that the former judgment of the Court of Queen's Bench was binding upon the Superior Court. The Justices AYLWIN, BERTHELOT and MEREDITH transmitted their opinions and reasons for their respective judgments. Mr. Justice ALYWIN, after stating the facts and the judgments of the 5th of May, 1862, and the 16th of March, 1863, stated his opinion in these terms: "I am of opinion that this latter judgment is correct, and that the judgment of the Superior Court was wrong, inasmuch as the last relied upon the law of France exclusively, without reference to the law of Lower Canada, which is the governing law. The *considérants*, or reasons given by Mr. Justice TASCHEREAU, who decided the cause in the first instance, appeared to me to be insufficient. First, because it is stated, that, "*la défense d'aliéner contenue en telle clause du dit testament contient une défense d'aliéner qui ne peut en loi produire d'effet sérieux, et doit plutôt être considérée comme renfermant un conseil plutôt qu'une défense sérieuse d'aliéner.*" I cannot understand how a will like that of the Testator, which forbids any and every alienation to be made within twenty years from the day of the death of the Testator, and directs that any and all deeds and instruments contrary to the intention of the Testa-

tor shall be null "*sous peine de nullité de tous actes qu'ils feront contraires à mon intention*," can be interpreted as not being serious, and as merely conveying a simple counsel or advice to be followed or to be disregarded either by the Legatee or Devisee, or by a creditor, as the case may be. Ever since the 41st Geo. 3, c. 4, in Lower Canada (Consolidated Statutes, c. 34, p. 321) we have an express enactment which altered the old French law. By sect. 2 of the Consolidated Statutes it is declared "that every person of sound intellect and of age, having the legal interest of his or her rights, may devise or bequeath by last Will and Testament, whether the same be made by a husband or wife in favour of each other, or in favour of one or more of their children, as the Testator sees meet, or in favour of any other person or persons whatsoever, all and every their lands, goods, or credit, whatever be the tenure of such lands, and whether they be *propres, acquêts*, or *conquêts*, without reserve, restriction, or limitation whatsoever." I can only see the judgment of the Superior Court as directly contrary to that Statute. Under the old French law, a *défense d'aliéner*, if perpetual, without an entail or substitution, or an indication of another party who was to take the property bequeathed, and to carry out the condition which was broken by the Legatee, was regarded as null and void. But the doctrine of Ricard and Pothier had only reference to a perpetual or an unlimited *défense d'aliéner*, and had no relation to a temporary *défense* for a time limited (Troplong, "*Donations*," No. 271, Demolombe, vol. XVIII, No. 294.) Another *considérant* again appears to me to be erroneous; it is this: *que la clause susdite ne peut être considérée comme léguant la propriété ou la possession des dits immeubles au Défendeur à titre d'alimens ou comme insaisissable à moins d'une stipulation expresse à cet égard.* As to stipulation, it could not be found in a Will, but if it be a condition that the alienation during twenty years shall be null, and if it be the result, *ex vi termini*, that the property becomes *insaisissable*, the Will must carry out the bequest whatever may be the form; the substance, that is the intention of the Testator, must be carried out. In the words of the judgment in appeal, it is more correct to say that *la prohibition d'aliéner doit être réputée équivaloir à une clause d'insaisissabilité temporaire.* So much, then, with reference to the first judgment. I come now to the judgment of the Superior Court of the 5th of May, 1862, by judge TASCHEREAU, upon which the same appeal has been brought, which is the judgment of the 20th of September, 1865, when the court was composed of the Honorable the Chief Justice DUVAL, and of AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, Justices, and the judgment

of the Superior Court was again reversed, Justices MEREDITH and DRUMMOND *dissentientibus*. It is necessary to notice that upon the return of the record to the Court below, the Respondent obtained permission to file another plea of perpetual exception in lieu of that originally pleaded; and the parties having again proceeded before the same judge, the second judgment, of the 15th of April, 1864, was rendered. The judgment of this court, which was delivered on the 20th of September, 1865, reverses this last judgment, and contains a narrative of the proceedings which occurred after the amended plea of exception pleaded. It is to be observed that the second judgment is precisely the same as the first with reference to the question of *défense d'aliéner*; it is, therefore, unnecessary that anything further should be added to what has already been said. With reference to that portion of the second judgment of Judge TASCHEREAU which relates to the rights asserted on the part of the Respondent with reference to Judith Kenmer, the wife of the Testator, it is only necessary to state that to enable the Respondent to claim the share of the Appellant it would be necessary that there should be a *partage*, or partition, of the whole of the property of Tourangeau and his wife, as the *communauté de biens*. to be divided between the heirs. But to do this it would be required that a new suit should be brought to effect the partition: hence the opposition would still be maintained instead of being rejected." Mr. Justice BERTHELOT, who had been the judge *Suppléant* on the case being determined on the interlocutory decree on the 16th of March, 1863, but not on the final decree of the 20th of September, 1865, concurred with the majority of the judges, and sent his reasons with the record, citing Troplong, "*Donations*," No. 271; Demolombe, tom. XVIII, Nos. 294 308, 334; Pandectes, vol. XII, p. 245, and referring generally to Ricard and Pothier. Mr. Justice MEREDITH, who differed from the other judges, and whose judgment was approved and adopted by the Judicial Committee, sent the following reasons for his judgment upon the question raised by the appeal: "The principal question to be decided in this cause is, as to the effect to be given to a testamentary disposition made subject to a provision to the following effect: *Avec défense d'engager, affecter, hypothéquer, vendre, échanger, ou autrement aliéner les dits biens immeubles, qu'après vingt ans à compter du jour du décès du Testateur sous peine de nullité de tous actes qu'ils feront contraires à la dite intention du Testateur.* Property held by the Appellant under the foregoing provision has been seized; an opposition founded on it was filed by the Appellant in the Court below; and it is from a judgment of the Superior Court dismissing the

opposition so filed, that the present case comes before us. On the part of the Respondent it is contended that a *simple défense d'aliéner* does not create a substitution, and is not in any respect binding in law; and therefore, that, notwithstanding such a prohibition, the donee or legatee may make a valid alienation of the property to which it refers. In support of this view the Respondent has referred to Ricard, who says: "*Les lois ont résolu par une décision générale que, lorsque la prohibition est pure et simple et sans cause, elle ne produit aucun effet, et que non-seulement les héritiers "ab intestat" du Testateur, ni de celui à qui les défenses ont été faites, n'ont droit de prétendre aucun fidei-commis en leur faveur, mais aussi que l'institué ou le légataire ne laisse pas, nonobstant la prohibition d'avoir la liberté d'aliéner.*" (1) The opinion of *Henrys* on this subject is to the same effect; his words are as follow: *Donc, s'il y a quelque distinction à faire c'est entre la prohibition d'aliéner pure et simple et la prohibition d'aliéner faite en faveur de quelqu'un. La première n'opère rien, et le Testateur n'ayant pas passé plus avant, elle ne passe que pour un simple conseil; mais au contraire si le Testateur, en prohibant à ses héritiers et successeurs d'aliéner les biens qu'il leur a délaissés, déclare que c'est afin qu'ils soient conservés à ceux qu'il désigne—par exemple à ses descendants, ou à ceux de sa famille—en ce cas la prohibition d'aliéner emporte un fidei-commis, et c'est la même chose que si les descendants ou ceux de sa famille avaient été substitués à l'héritier: il faut donc que la prohibition soit faite en faveur de quelqu'un pour empêcher que l'héritier ne puisse pas vendre. C'est la disposition du droit en la loi 38 § 4 et de la loi 93 ff. De Legat 3. Mais plus expresse en loi. "filius familias" 114 § Divi 14 ff. De Legat 1, où le jurisconsulte dit que les Empereurs avaient décidé qu'il ne suffisait pas de prohiber l'aliénation, mais qu'il fallait encore exprimer la cause et déclarer la personne en faveur de laquelle on recherchait cette précaution; qu'autrement "nisi inveniatur persona cujus respectu hoc à testatore dispositum sit, nullius esse momenti scripturam quasi nudum præceptum reliquerit."* (2) Pothier also says: *La simple défense d'aliéner, lorsque le Testateur n'a pas témoigné en faveur de qui il faisait cette défense, ne passe, à la vérité, que pour un simple avis "nudum præceptum," auquel celui à qui la défense est faite peut impuné-*

(1) 2 Ricard, *Des Donations*, p. 322; *Traité des Substitutions*, tit. III, ch. 7, partie 1, No. 329.

(2) 3 *Henrys*, p. 219, liv. 5, ch. 4, quest. 49, p. 2.

ment ne pas déférer. (1) According to the foreging authorities a *défense d'aliéner* is to be considered *pure et simple* unless it be stipulated in the interest either of the party making the donation or legacy, or of some third person; and a *défense d'aliéner pure et simple* as above defined is to be deemed merely advice on the part of the person making the prohibition, and not binding upon the pe··on to whom it is addressed. The reason upon which, as I believe, the above rules are founded, being, that in the case of a *défense d'aliéner pure et simple* there is no person interested except the donee or legatee, and that a provision which cannot be enforced except at the will and by the party intended to be bound by it cannot in law be held legal and binding. The Appellant's Counsel have drawn our attention to the opinions of Troplong and Demolombe, as showing that a *defense d'aliéner*, when made the condition of a legacy, may in certain cases be unobjectionable, and in such case· ought to be enforced by the courts. Troplong, in the passage cited in the *factum* of the Appellant, says: *Que dirons-nous de la clause portant défense d'aliéner par vente, échange ou engagement pendant un certain temps? Les opinions sont partagées, mais je ne vois rien qui vicie cette condition qui souvent est imposée par le Testateur pour de bonnes raisons de prévoyance, de convenance, d'économie*

(1) 5 Pothier, *Des Substitutions*, p. 518. See also 6 Toullier, p. 521, No. 488. 6 Nouveau-Denisart, p. 74. See also the case of *Fafard* v. *Bélanger*, 4 Low. Can. Rep. p. 215, and more particularly the remarks of Mr. Justice CARON in that case: "*Je considère cette défense d'aliéner obligatoire parce qu'elle comporte la condition de transmettre ses biens aux héritiers du côté et ligne, il en serait autrement si la défense était pure et simple.*" 2 Bourjon, p. 164, tit. 5, ch. 5, sec. 7, Nos. 53, 54. 1 Despeisse, p. 19, part 1, tit. 1, sec. 2. (10) Tertio, *Dictionnaire des Arrêts* (Brillon), p. 126, Verbo *Aliénation*, Nos. 25 et 37. 2 Despeisses, p. 138, part 1, tit. 2, *Des Substitutions*, sec. 6, art. 2, No. 32. Rousseau de Lacombe (Ed. 1769), p. 674, Verbo, *Substitution*, sec. 1, Dist. 2, No. 5; Merlin Rep. (Ed. 1828), pp. 152, 153, Verbo *Substitution*, Fid. sec. 8, No. 5; Poujol, *Traité des Don.* (Ed. 1836), p. 90.

Un donateur peut imposer les restrictions qu'il lui plaît, à sa libéralité, comme la défense d'aliéner, pourvu qu'il ait quelque intérêt, clairement exprimé, dans cette défense d'aliéner, ou qu'il ait un motif non équivoque, pour imposer cette restriction, comme serait, par exemple, celui d'opérer une substitution, ou de conserver les biens donnés dans sa famille. Sous le régime de l'ancien Droit Français, la défense d'aliéner pure et simple était considérée comme renfermant une substitution tacite, lorsqu'il apparaissait que la condition de la défense était insérée en faveur d'une tierce personne. Une défense d'aliéner contenue dans un acte de donation et qui est en ces termes. "Cette donation est faite à cette condition très expresse que les terres données sortiront nature de propre au donataire et aux siens de son côté et ligne, sans pouvoir ni les hypothéquer, ni les vendre." ne laisse aucun doute sur l'intention du donateur de substituer les biens donnés aux héritiers de son côté et ligne. Le donateur a donc imposé une condition à sa défense d'aliéner, la conservation des biens dans sa famille. Cette restriction est fondée sur un intérêt motivé. Même sous l'empire du code, vu la condition expresse de conserver les biens, et de les rendre aux héritiers du côté et ligne, cette défense d'aliéner serait obligatoire. (*Fafard* vs. *Bélanger*, C. S., Québec, 6 mai 1854, DUVAL, J. MEREDITH, J., et CARON, J., 4 *D. T. B. C.*, p. 215.)

domestique. Le donateur en donnant un immeuble à une personne de sa famille, peut cependant éprouver le regret de le voir de son vivant sortir des mains de celui qu'il considère comme un autre lui-même, il lui impose alors l'obligation de ne pas aliéner de son vivant. Dans d'autres circonstances le Testateur peut craindre que le légataire ne soit trop pressé de jouir et qu'il n'abuse du droit de propriété dont il le gratifie; pour l'accoutumer à être propriétaire, pour l'affectionner à sa propriété, il lui impose la condition de la garder pendant cinq ans. Ne sont-ce pas là des mesures sages et prudentes? Pourquoi les repousser avec une sévérité sans règle? La prohibition d'aliéner n'est censée contraire à la liberté qu'autant qu'elle est absolue; c'est alors qu'elle est considérée comme non écrite. (1) And Demolombe expresses his opinion as to this point in nearly the same words. In considering the above observations of Troplong, and the opinion of Demolombe to the same effect, it is necessary to bear in mind that a very wide difference exists between the law of France and our own law as to the subject under consideration. The art. 896 of the *Code Civil* declares: *Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.* (2) These provisions being altogether at variance with our own law on the subject, it is plain that the observations of Troplong and Demolombe must be read by us with great caution, and bearing this in mind, it appears to me that all that Troplong and Demolombe are to be understood as saying in the passages relied on by the Appellant is simply that a prohibition to alienate in a donation or Will, if made for a short time and from reasonable motives, is not absolutely null, even under the provisions of the *Code Civil.* Those learned writers show that such a provision can be enforced if made in the interest of the donee or legatee, or of a third party, and that if accompanied by a penal clause, the penalty may be enforced in the event of a violation of the prohibition to alienate. But I am not aware that there is anything in the writings either of Troplong or of Demolombe tending to establish that a prohibition to alienate, when made exclusively in the interest of the donee or legatee, can be enforced by the donee or legatee, against his own acts and to the prejudice of his own creditors. In the present case the Appellant relies on a *défense d'aliéner* in which, in so far as regards the property

(1) 1 Troplong, *Donations et Testaments*, No. 271; 1 Grenier, *Donations*, p. 188.

(2) Demolombe, vol. XVIII, p. 328, No. 303.

in question, no person but himself is interested, and the object of his opposition is to prevent the sale of the property in question for the satisfaction of a judgment rendered against himself to enforce the payment of a debt which it may be observed, to the extent of above £1,100, appears to have been contracted after the death of the Testator, whose Will contains the *prohibition d'aliéner* relied on by the Appellant. There is not, I repeat, so far as I know, anything in the works of Troplong or of Demolombe to justify the pretension of the Opposant. On the contrary, Demolombe says : *Il nous paraîtrait impossible d'admettre le donataire ou le légataire qui aurait consenti l'aliénation à se prévaloir ensuite contre les tiers auxquels il aurait concédé des droits, de la défense d'aliéner qui aurait été imposée et qu'il aurait lui-même enfreinte ; car il ne se peut pas qu'il évince ceux-là même auxquels il doit garantie.* Troplong also, in his *Traité du Contrat de Mariage*, No. 3060 and seq., maintains the same doctrine. The foregoing observations, I think, suffice to prove that the opinions of Troplong and Demolombe are not in reality opposed to the authorities from our own law upon which the judgment of the Superior Court if based ; but in order to remove any doubt as to the point, I shall cite one further passage from the works of each of those authors. Troplong puts the question : *La prohibition d'aliéner forme-t-elle une substitution?* and he then continues : *Il faut répondre négativement à cette question : car cette prohibition ajoutée à une substitution est nulle en loi et ne forme qu'un précepte, un "nudum præceptum" qui ne lie point, qui ne donne d'action à personne et dont on peut dire avec Papinien qu'il a été donné "obtentu consilii"* (1) And Demolombe says : *On paraît avoir de tout temps reconnu que la défense ou prohibition d'aliéner ne constitue qu'un simple précepte non obligatoire "nudum præceptum" lorsqu'elle est pure et simple, c'est-à-dire, lorsqu'elle n'est pas faite en faveur d'une personne qui est appelée à en profiter " nisi inveniatur persona cujus respectu hoc a testatore dispositum est."* L. 114, S. 14, A. de Leg. Thevenot, Nos. 129, 130. Coin-Delisle, art. 896, No. 32. (2) It has, however, been said, and will, I believe, be maintained, that the authorities relied on by the Respondent have no bearing upon the present case, because they relate to prohibitions to alienate in connection with the doctrine of substitutions, and not, it is said, to prohibitions to alienate unconnected with a substitution such as the case before us presents. The answer, I believe, to this objection is,

(1) Troplong, *Donations et Testaments*, No. 135, p. 198.

(2) Demolombe, vol. XVIII, No. 147, p. 172.

that the two subjects are so closely connected as to make it impossible to treat of them separately. A *défense d'aliéner*, if made in favour of a third person, is (as has already been observed) in effect a substitution, and is, therefore, in law, obligatory. Whereas, if the *défense d'aliéner* is not made in favour of a third person, it is not a substitution. In one very important point of view, therefore, in order to ascertain whether a *défense d'aliéner* is or is not valid, it is necessary to inquire whether it does or does not amount to a substitution This probably is one of the reasons which have caused the two subjects to be considered together by the most eminent French Jurists, who, I may observe, were not likely to treat as closely connected questions really independent of each other. There is another view which may be taken of this case, and which was strongly pressed upon our consideration by the learned Counsel for the Respondent. The Testator, in the Will under consideration, without assigning any cause or reason for the *défense d'aliéner* which it contains, has extended it to all his legatees and over the whole of his property, for a period of twenty years; and it has been contended by the learned Counsel for the Respondent, and, I think, with reason, that if such a clause is good for a period of twenty years, there are no grounds for saying that it could not be legally good for forty years, or for the lifetime of the legatee. Now, the policy of our law is, and ought to be, that property over which a man has full control should be subject to the payment of his just debts; whereas the effect of the provision in question, if it be valid, is to enable legatees to hold property over which they have in reality unlimited control free from the payment of their debts, and this irrespective of the nature of the debt sought to be enforced, or of the extent of the property held subject to such condition. It has, therefore, been further contended by the Respondent that the provision of the Will upon which the Appellant rests his claim ought to be held null on the ground of public policy. It may, however, be answered that a Testator may, by an express provision to that effect, bequeath property so as to be free from seizure for the debt of the legatee, (1) and that property left expressly *pour aliments* (as the Authors say) is not liable to be brought to sale for the debts of the legatee. (2) But admitting, for the sake of argument, and subject probably to certain limitations, that the law sanctions the two descriptions of bequests just mentioned when expressly made, still it is not the less true

(1) 7 Pothier, *Proc. Civ.*, p. 197; 1 Pigeau, p. 612.

(2) 3 Ancien Denisart, verbo *Saisie Arrêt*, 23, No. 6, p. 9. See also judgment of the Superior Court at Montreal, *Boyer* v. *Dillon* and *Watson*, about 1853-54.

that bequests tending to prevent the alienation of property, and to enable the party holding it either to pay his debts or not, just as it may please him, are not entitled to favourable consideration; and I think that in giving effect to such clauses we ought not to go beyond the limits established by the authorities, or to add by reasoning from analogy to the number of exceptional cases which, on special grounds, are already sanctioned by law; and this I think we practically should do were we to give effect to the testamentary provisions relied on by the Appellant. But, although I think the point just adverted to ought not to be passed wholly unnoticed, I wish it to be understood that the ground upon which I would deem it my duty to confirm the judgment of the Court below is, that in my opinion it is a well-established rule of law that a *défense d'aliéner pure et simple*, such as that contained in the Will before us, is inoperative. This rule, which, having its foundation in the Roman law, appears to have been acted upon for centuries in France, (1) has been transmitted to us as law by Jurists such as Ricard, Henrys and Pothier, and is not controverted, so far as I know, by any writer upon the ancient or modern law of France. I, therefore, think that the learned Judge of the Superior Court was justified in taking that rule as his guide, and that his judgment, which purports to be founded upon it, and is in all respects in accordance with it, ought to be confirmed." For his reasons in the second appeal Mr. Justice MEREDITH referred to the opinions expressed by the Chief Justice and himself, as reported in the Low. Can. Rep. vol., XIII, pp. 278, 350. (11 *R. J. R. Q.* o. 372.) From the final judgment of the Court of Queen's Bench, and the former Interlocutory judgment of the 10th of March, 1863, the present appeal was brought. As the Respondent did not appear, the appeal was heard *ex parte*.

Sir R. PALMER, Q. C., (with whom was Mr. H. M. BOMBAS) for the Appellant: The question turns upon the construction of the clause in the Will of the Testator, the Respondent's father, restricting alienation or incumbrance, for a period of twenty years, of real estate bequeathed absolutely to the Respondent. Such restriction, if valid, goes to defeat the just claims of creditors, and leaves the Respondent in the full enjoyment of the property; a result not to be found in any Code of law. Now, we contend that this clause of the Will is null and void in law, as against public policy. Mr. Justice MEREDITH, whose judgment we rely on, and desire to avail ourselves of as part of our argument, controverts the authorities cited by Justices AYLWIN and BERTHELOT, and shows that

(1) *Vide* Arrêt du Parlement de Paris du mois de Sept. 1584.

the passages cited from Demolombe and Troplong do not bear out the conclusion sought to be drawn from them. This is apparent from the provisions of the Civil Law, on which the old law of France is founded: *Dig.* B. XXX. *lib.* 1, art. 114, § 14; B. XXXII, *lib.* 1, art. 38, § 4. It is to be observed that both Troplong and Demolombe are writing upon the law as it at present exists, namely, the *Code Civil*, and expounding the old French law, which is applicable to our case only so far as it illustrates or defines the present law: Troplong, *Droit Civil, Contrat de Mariage*, tom. IV, p. 63, No, 3060. It is almost needless to illustrate the case by a comparison with the law of this country. It is no answer to say that the Testator might have provided against alienation by giving the estate over on breach of the condition; here he gives his immoveable property absolutely; the condition is subsequent and not precedent, and there is no gift over in case of breach of the condition. By the law of England such a restriction, depending on a condition subsequent, would, even if there was a gift over, be invalid: *Holmes* v. *Godson* (1); *Saunders* v. *Vautier* (2); *Doe dem. Mitchinson* v. *Carter* (3); *Ex parte Dickson's Trusts* (4); *Egerton* v. *Earl Brownlow* (5); but even if the clause in the Testator's Will restricting alienation or incumbrance were valid, it could only affect one half of the lands seized, and the opposition ought to have been dismissed as to the residue of the lands. Even if the prohibition against alienation or incumbrance in the Will were valid, it is only against the alienation by act of the devisee himself, and cannot operate against the right of the Appellant, an execution creditor, coming in by operation of law, and not by the act of the devisee.

Lord ROMILLY: Their Lordships are of opinion, that it is not necessary to trouble Mr. BOMPAS, having heard Sir ROUNDELL PALMER very fully, as we are all quite clear as to the principles and law to be applied to this case. We are of opinion, that such a restriction as was made by the Testator, M. Tourangeau, in his Will, is not valid either by the old law of France, or the general principles of Jurisprudence. We may add, that we entirely concur in the reasons stated in the very able judgment of Mr. Justice MEREDITH, (6) which have been forwarded with the record. Their Lordships will, therefore, advise Her Majesty that the judgment of the Court of Queen's Bench in this case be reversed, and with costs. (7 *J.*, p. 238 et 5 Moore's *Privy council reports*, N. S. p. 5.)

(1) 8 D. M. & G., 152.
(2) Cr. & Ph., 241.
(3) 8 Term Rep. 57 and 300.
(4) 1 Sim. (N. S.), 37.
(5) 4 H. L. Cases, 1.
(6) Anté, p. 321.

TARIF DES CHARRETIERS.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 24 décembre, 1863.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

AMIOT DIT LARPINIÈRE *vs.* BAILEY.

Jugé : Que le tarif réglant la rémunération des charretiers dans la Cité de Québec, n'a aucune force en dehors des limites de la Cité.

Le Demandeur, qui était un des charretiers de la ville de Québec, poursuivait le Défendeur pour 10 chelings, pour " carriage hire and drive. " Le Défendeur plaida offres réelles d'une piastre avant l'institution de l'action, et que les services du Demandeur ne valaient pas plus qu'une piastre, au taux du tarif fait par la corporation de Québec, relativement aux charretiers. De la part du Demandeur, il fut prouvé, par plusieurs charretiers, que le Demandeur avait été occupé par le Défendeur pendant une heure ou une heure et demie, et que ses services valaient au moins deux piastres. Le Défendeur produisit le tarif des charretiers fait par la corporation de Québec, et prétendit que le Demandeur ne pouvait avoir un plus haut prix pour ses services que celui alloué par le tarif.

TASCHEREAU, Juge : Le prix offert par le Défendeur serait, dans mon opinion, suffisant, mais il n'a pas jugé à propos d'examiner aucun témoin pour contredire les témoins du Demandeur, qui, en grand nombre, ont prouvé la valeur de la réclamation du Demandeur à dix chelins, il s'est appuyé seulement sur le tarif des charretiers pour la Cité de Québec, et je suis obligé de décider que ce tarif n'a pas de force hors des limites de la Cité. Jugement pour le Demandeur. (14 *D. T. B. C.*, p. 108.)

PLAMONDON et GUILBAULT, pour le Demandeur.

JOLICŒUR, pour le Défendeur.

AMEUBLISSEMENT.—REPRISE D'APPORT.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 décembre, 1863.

Présent : BERTHELOT, Juge.

DAVID, Demanderesse, *vs.* GAGNON, Défendeur, et LA COMPAGNIE DE DÉPOT ET DE PRÊT DU HAUT-CANADA, Intervenante.

Jugé : 1° Que l'ameublissement général stipulé par les père et mère de la mineure, en un contrat de mariage, est valable ; (1)

2° Que tout ce qui échoit à la femme de la succession de ses père et

(1) V. art. 1267 et 1390 C. C.

mère, et tout ce qui est donné par eux pour être conquêt de la communauté, est entièrement à la disposition du mari, qui peut le vendre ou l'hypothéquer légalement. (1)

3° Que sur dissolution de la communauté, et en vertu d'une stipulation de reprise d'apport, la femme ne peut reprendre ce qui a pu lui advenir de ses père et mère par succession ou donation, qu'à la charge des hypothèques que le mari y a imposées comme chef de la communauté. (2)

BERTHELOT, Juge : Lors du contrat de mariage de la Demanderesse avec le Défendeur, elle était mineure, et les conventions en furent faites pour elle par ses père et mère, François David et Marie Josephte Dagenais, autorisée de son mari, stipulant pour leur fille mineure. Il y eut d'abord convention de communauté suivant la coutume : puis, stipulation d'ameublissement *général* dans les termes suivants : " Se prennent les " futurs époux avec les biens et droits à eux appartenant " et tels qu'ils pourront leur écheoir à l'avenir ; lesquels " biens et droits de part et d'autres, tant meubles qu'im- " meubles, entreront en leur communauté, comme conquêts " d'icelle, ameublissant à cet effet, du *gré et consentement* " de leurs parents et amis généralement, tous leurs im- " meubles, propres et acquêts, *présents et futurs*, et renon- " çant, pour ce regard seulement, à la Coutume de Paris." Ensuite, une clause de reprise dans les termes suivants : " Lors de la dissolution de la communauté, sera permis " à la future épouse de l'accepter ou d'y renoncer, et, " dans le cas de renonciation, de reprendre franchement et " quittement tout ce qu'elle justifiera avoir *apporté* au ma- " riage et tout ce qui pendant icelui lui sera *advenu* et échu, " tant par succession, donation, legs ou autrement, ensemble " ses douaire et préciput, tels que dessus stipulés, sans être " tenue des dettes de la communauté, encore qu'elle y eût " parlé, dont, au dit cas, elle sera *garantie et indemnisée* par " et sur les biens du futur époux, sur lesquels elle aura *hypo-* " *thèque à compter du dit jour.*" Tels sont les termes des deux clauses qu'il s'agit de concilier, dans le cas de dissolution de communauté par séparation de biens, suivie de la renonciation de la Demanderesse. Elles sont, l'une et l'autre, chacune dans son espèce, conçues et énoncées dans des termes aussi formels qu'on puisse les supposer. Le contrat de mariage n'a pas été insinué. Je crois que l'insinuation n'était pas nécessaire dans le cas présent, ainsi qu'on le verra ci après. Durant la communauté, après la mort de François David, le père de la Demanderesse, sa mère, Marie-Josephte Dagenais, fit donation au Défendeur, Pascal Gagnon, et à la Demanderesse, son épouse, de lui autorisée à cet effet, ses gendre et fille, pour leur

(1) V. art. 1391 C. C.

(2) V. art. 1400 C. C.

sortir nature de conquêt, et pour tenir lieu à la Demanderesse de ses droits mobiliers et immobiliers dans les biens dépendant de la succession du défunt François David, son père, de *tout* ce que la donatrice pourrait prétendre dans "un immeuble" y désigné, situé à la côte Saint-Michel, laquelle terre lui appartenait comme suit, savoir: 1½ arpent pour sa part des conquêts de la communauté qui avait existé entre elle et feu Jean-Bte. Vanier, son premier mari, et 2¼ arpents pour sa part des conquêts de la communauté qui avait existé entre elle et David, son second mari, les 2 autres arpents et quart appartenant déjà à la Demanderesse comme héritière de F. David, son père ; dont et du tout, cependant, la donatrice avait droit à la jouissance, sa vie durant; cette donation fut enregistrée le 4 juillet, 1843. Je dois remarquer, de suite, que les 2¼ arpents que la Demanderesse avait dans cet immeuble, de la succession de son père, étaient un propre à elle qui tombait sous l'effet de la clause d'ameublissement général ; et que la vraie difficulté n'existe que quant aux 3¾ arpents, qui provenaient de la donatrice ; savoir, si la moitié seulement d'iceux tombait aussi sous l'effet de la même clause, et si l'autre moitié ne devenait pas un vrai conquêt pour le Défendeur, aux termes de la donation. En mai 1861, le Défendeur, durant la communauté, a hypothéqué tout l'immeuble en faveur de l'intervenante pour la sûreté du montant d'un prêt de $1,800, et l'obligation du 14 mai contient une *renonciation* de la part de la Demanderesse, à l'exercice de tous ses droits de douaire et autres droits matrimoniaux et avantages qu'elle pourrait, en quelque manière que ce soit, avoir, réclamer ou prétendre sur l'immeuble ainsi hypothéqué. Cette obligation a été dûment enregistrée le 16 mai 1861. La Demanderesse ayant obtenu sentence de séparation de biens, fit procéder à constater ses reprises et droits matrimoniaux par Simard, notaire, qui en fit son rapport, produit devant cette cour, le 26 septembre dernier, par lequel il rapporte, que vu la renonciation de la Demanderesse à la communauté, en date du 24 juillet, 1863, insinuée le 27 du même mois, la clause générale de reprises stipulée en son contrat de mariage, et le fait de sa minorité au jour du contrat, il lui fait reprendre le dit immeuble ci-dessus désigné, dont 2¼ arpents, y est-il dit, lui appartenaient comme seule héritière de feu F. David, son père, et 3¾ en vertu de l'acte de donation du 29 mai, 1843, lequel immeuble il lui fait ainsi reprendre, sans autre charge que celle du paiement de $3700, aux termes du dit acte de donation. Dès le 17 septembre, l'intervenante avait été admise en cause pour la conservation de ses droits comme créancière du Défendeur, à l'encontre des prétentions de la Demanderesse. Par sa contestation du 2 octobre, l'interve-

nante, après avoir invoqué la clause d'ameublissement général, stipulée au contrat de mariage de la Demanderesse, pour elle, alors mineure, par ses père et mère, et aussi la clause de la donation du 29 mars, 1843, par laquelle il est stipulé que le dit immeuble serait un conquêt de la communauté existant alors entre la Demanderesse et le Défendeur, demande à ce que ce dit immeuble soit déclaré être un conquêt de la communauté, et comme tel affecté et hypothéqué à son obligation du 14 mai, 1861, avec intérêt du 1er mai, 1863, et que le rapport soit à cet égard mis de côté, avec dépens contre la Demanderesse. La réponse à cette contestation repose sur ce que l'immeuble en question était parvenu à la Demanderesse, par héritage et par donation entrevifs en ligne directe de ses père et mère, et que la donation avait été faite à cause d'elle et pour elle, et qu'il devait lui revenir en entier, en vertu de la clause de reprise. Puis, que la clause d'ameublissement du contrat de mariage est nulle, parce que la Demanderesse était alors mineure, et que la clause d'ameublissement, en l'acte de donation est aussi nulle de plein droit, Marie Josephte Dagenais, n'ayant pas eu le droit de faire telle clause d'ameublissement, *mais il n'est pas dit pourquoi*. Que supposant la légalité des clauses d'ameublissement, la Demanderesse renonçant à la communauté avait, en vertu de la clause de reprise, droit de reprendre l'immeuble qu'elle trouvait en nature dans la communauté. Que tout ce que l'intervenante pourrait demander, serait que le rapport fut amendé de manière à rembourser au Défendeur, ou à la communauté, la somme de $540, étant le montant capitalisé de six années de rente et pension viagère payées par la communauté, pendant six ans, durant la vie de la donatrice. Concluant et offrant de faire amender le rapport, à la charge de rembourser, sur et à même la partie du dit immeuble qu'elle tient de sa mère, en vertu de la donation, la somme de $540, mais que, dans tous les cas, elle soit déclarée propriétaire de tout le dit immeuble. La première prétention de la Demanderesse est que l'ameublissement général stipulé en son contrat de mariage était nul, parce qu'elle était mineure et qu'elle n'avait pas été autorisée à le faire, et aussi parce que le contrat de mariage n'avait pas été insinué. 1o. Sur cette première question, il faut de suite remarquer que la Demanderesse n'était pas une mineure, à proprement parler, puisqu'elle avait ses père et mère, stipulant pour elle au contrat, la *dotant* de leurs biens présents ou à venir, et auxquels elle pouvait prétendre comme héritière de l'un et de l'autre. Elle n'était pas dans le cas d'une mineure mariée par son tuteur; car, alors, si l'ameublissement est considérable, il faut autorisation judiciaire, cas tout différent du nôtre. La Demanderesse se mariant en 1838,

n'avait droit qu'à ce que ses père et mère, qui la mariaient voudraient bien lui donner, à telle condition et selon qu'il pouvait leur être agréable, d'après la maxime que chacun peut mettre à son don, telle condition qu'il lui plaît. Sur ce point, je citerai Argou, Vol. 2., p. 95 : " Les père et mère qui marient leurs " enfants mineurs, les étrangers mêmes qui leur font des do- " nations par contrat de mariage, peuvent stipuler que les im- " meubles donnés entreront dans la communauté ; et, à cet effet, " qu'ils demeureront ameublis, ou pour le tout, ou pour partie " seulement. Mais, quand un mineur, qui n'a que des immeubles, " est marié *par son tuteur*, pour faire un ameublissement va- " lable, il faut qu'il soit fait par un avis de parents, homologué " en justice." Nouveau Denizart, vbo. *ameublissement*, § 9, p. 529 ; " Les père et mère qui dotent leurs enfants mineurs, les " étrangers même qui leur font des donations par contrat de " mariage, peuvent stipuler que les héritages qu'ils leur donnent " entreront pour le tout dans la communauté conjugale, parce " qu'il est permis d'imposer à sa libéralité telle condition que " l'on veut. Dans les coutumes mêmes qui ne permettent pas de " disposer, sans réserve, de son *propre* entrevifs, il paraît que " la faveur accordée parmi nous aux contrats de mariage, doit " rendre à cet égard aux père et mère, lorsqu'ils dotent leurs " enfants, la liberté entière que la loi leur ôte dans d'autres " circonstances." Puis, il mentionne les exceptions au cas où c'est le *tuteur* qui marie son *mineur*, cas tout différent du mariage d'un enfant mineur par ses père et mère stipulant pour lui au contrat. C'est en vain que la Demanderesse représente que la Défendeur n'a rien apporté, qu'il n'avait rien lors du mariage, et qu'il a mal administré les biens qu'elle a ameublis. Cela ne doit pas influer sur la question légale. 2o. Sur la nécessité de l'insinuation, il faut remarquer qu'il s'agit d'un ameublissement général et réciproque, ce qui est différent du cas où l'un des conjoints seulement ameublit pour donner à l'autre conjoint. Petite Coutume de Ferrière, 2d vol., art. 284, p. 252. Sur l'ameublissement particulier ou par un des deux conjoints, *secus*, quand il est réciproque, parce qu'au premier cas, c'est une donation au profit de celui dont les biens ne sont pas ameublis, au cas qu'il survive ; au second, c'est une convention matrimoniale, laquelle ne *semble* pas sujette à insinuation. Il dit, cependant, " *néanmoins, pour sûreté, il est bien de faire insinuer.*" Quand ce qui est donné par père et mère en un contrat de mariage, l'est par forme de constitution de dot, c'est une convention matrimoniale et une dotation, plutôt qu'une donation, et ainsi il n'est pas besoin d'insinuation. Au grand Coutumier, vol. 3, p. 299, sur l'article 284 : " Que si l'ameublissement est réciproque, comme s'il est convenu que les conjoints mettront en communauté tous leurs propres, on

tient que c'est une convention qui n'est point *sujette à insinuation*. C'est le sentiment de M. Le Prestre, No. 31, qui dit avoir été ainsi jugé par arrêt du 14 février, 1595. " Ce n'est " pas l'esprit de l'ordonnance, que telle convention soit sujette " à l'insinuation. La *raison* est que les ordonnances faites pour " les insinuations ne regardent que l'intérêt des créanciers et " des héritiers. Or cette convention d'ameublissement ne pré- " judicie pas aux *créanciers du mari* et de la femme, ou de la " femme seule, qui doivent être payés tant sur les *biens ameublis*, " que sur les autres biens de la communauté." Je pense donc que le défaut d'insinuation ne peut préjudicier à l'ameublissement, dans le cas présent, aux créanciers de la communauté dans laquelle sont tombés les biens ameublis. Il faut donc conclure que la clause d'ameublissement doit avoir tout son effet, et que ce que la Demanderesse a appréhendé de la succession de son père, François David, 2¼ arpents du dit immeuble, sont tombés dans sa communauté et en sont devenus des conquêts sujets aux dettes contractées par son mari, le Défendeur, durant la communauté. Maintenant, passons à la considération de ce qui a fait l'objet de la donation du 29 mars, 1843, savoir des 3¾ arpents du dit immeuble donnés par la mère survivante, à son gendre, le Défendeur, et à sa fille, ainsi qu'il est dit, pour *leur sortir nature de conquêt*, et ne perdons pas de vue que cet acte de donation était jusqu'à un certain point, et même véritablement, la confirmation de l'intention des parties, et des conventions de mariage de la Demanderesse et du Défendeur, par lesquelles la donatrice, sous l'autorisation de François David, avait déjà stipulé un ameublissement général au contrat de mariage des deux époux, de tous leurs biens meubles et immeubles, alors présents et futurs, et nous arriverons à connaître quelle partie la Demanderesse peut réclamer en vertu de la clause de reprise, et quelle partie devra rester au Défendeur. Les autorités suivantes feront voir qu'une donation dans ces termes et dans ces circonstances fait de l'immeuble donné un vrai conquêt de communauté, lequel suivant les termes de la donation et du don, ne sera sujet à rapport que pour la moitié ainsi donnée à la fille du donateur, l'autre moitié appartenant à l'autre conjoint comme conquêt. Pothier, Communauté, No. 172 : "Néanmoins, si le père ou la mère de " l'un des conjoints, par la donation qu'ils lui ont faite d'un " héritage, soit par le contrat de mariage, soit depuis le ma- " riage, avait expressément déclaré par l'acte de donation, " que leur volonté était que l'héritage donné, entrât en la " communauté de ce conjoint cet héritage y entrerait ; cette " clause de la donation serait une espèce d'ameublissement de " cet héritage." Toullier, Vol. 12, No. 142 ; Ferrière, Grand Cout. de Paris, Art. 246, vol. 2, p. 112 ; Ferrière, Grand Cou-

tumier, vol. 3, p. 643, No. 16 : "Que si le père de la fille donne " un immeuble à son gendre et à sa fille pendant leur mariage, " pour être *conquêt de leur communauté,* il y tombera incon- " testablement par cette déclaration." Idem, No. 19 ; Lebrun, Communauté, p. 143, No. 34. Enfin, Lacombe, vbo. Ameublissement, p. 27, No. 3 : " Mais quand il est dit que l'immeu- " ble entrera en communauté et sera réputé conquêt, ce qui est " le *véritable ameublissement,* en ce cas, le mari en peut dis- " poser comme d'un autre *conquêt.* Quant à l'effet de l'ameublissement en pareil cas, ou au cas de celui stipulé par mariage, selon tous les auteurs, il met et rend les immeubles qui en sont frappés biens de la communauté comme les meubles mêmes, et le mari peut les vendre, aliéner et hypothéquer, de la même manière qu'il peut disposer du mobilier et des conquêts de la communauté dont il est *maître.* C'est le langage de Toullier, vol. 12, No. 306. Aussi bien qu'au mot Ameublissement, dans Denizart, No. 2, p. 527. Le mari a la faculté de *disposer* des fonds que sa femme a ameublis, aussi librement que de tout autre effet de la communauté ; et ils sont affectés également au paiement de ses dettes. Si le mari pouvait disposer de ces immeubles, et les aliéner, il pouvait aussi, d'après la maxime, "qui peut le plus, peut le moins," les engager et les hypothéquer valablement, c'est à tort que la Demanderesse prétend que, nonobstant la clause générale d'ameublissement contenue en son contrat de mariage, et la donation faite comme dit ci-dessus à elle, et à son mari, le Défendeur, par leur mère et belle-mère, elle peut néanmoins, en vertu de la clause de reprise, reprendre francs et libres, les immeubles ameublis et donnés pour entrer en leur communauté et être conquêts d'icelle. Si ces immeubles avaient été vendus par son mari, ainsi qu'il le pouvait, elle aurait été sans autre recours que celui de se venger sur les biens restant dans la communauté po r un montant égal à l'aliénation faite. Ces immeubles n'ayant pas été aliénés, mais seulement hypothéqués, elle ne peut réclamer un droit plus grand que celui qu'elle aurait eu dans le cas de vente, elle peut reprendre en vertu de la clause de reprise, ce qui a été ameubli par son contrat de mariage, les $2\frac{1}{4}$ arpents de l'immeuble qu'elle tient de la succession de son père, aussi bien que la moitié indivise des $3\frac{3}{4}$ arpents qu'elle a apportés à la communauté, au moyen de la donation qui a été faite à elle, et à son mari, par sa mère. Quant à l'autre moitié de ces $3\frac{3}{4}$ arpents, elle doit rester au mari, le Défendeur, à qui elle a été donnée pour lui être conquêt. C'est ce qui paraît devoir être, suivant l'autorité de Ferrière, au Grand-Coutumier, vol. 3, sur l'art. 246, No 19, p. 644, citée par l'intervenante : " Que si le don a été fait en directe pendant le mariage, à l'un ou à l'autre des conjoints, il est ré-

puté fait au seul descendant, et même quoiqu'il ait été fait à l'autre conjoint seul qui n'est pas descendant, à moins qu'il n'apparût clairement que le donateur eût eu intention de donner au gendre ou à la bru, auquel cas la chose donnée entrerait en communauté ; et le rapport ne se ferait à la succession du donateur que pour la moitié." Ferrière, Cout. de Paris, Art. 246, Vol. 2, p. 112 : " La 2ème exception à la règle proposée en cet article est pour les immeubles donnés en ligne directe, lesquels ne tombent point en communauté ; mais sont propres à celui ou à celle à qui ils sont donnés : Ce qui serait vrai quoique la chose fût donnée à l'un et à l'autre, à moins qu'il ne fût porté par le contrat, que la chose serait commune au mari et à la femme ; or tels sont les termes mêmes de la donation du 29 mars, 1843. Bourjon, Vol. 1, *Communauté*, 2 partie, sect. 4, No 16, p. 530 : " Des donations par ascendants de la femme aux conjoints durant le mariage." Après avoir énoncé le principe que la donation est censée faite pour le tout à la fille, il dit : " Si par la donation faite conjointement à la fille et au gendre, et à plus forte raison, si par celle faite au gendre seul, il était dit que le beau-père voulait gratifier son gendre personnellement ; en ce cas, l'immeuble donné ne serait propre à la fille que pour *moitié*, et la fille n'en doit de son chef le *rapport* à la succession que pour moitié ; l'un et l'autre en ce cas, étant également gratifiés ; mais il faut pour cela que cette gratification soit certaine, auquel cas il faut se tenir à l'acte : le gendre n'étant pas une personne prohibée, &c." Dans le cas actuel, avec la clause d'ameublissement général au contrat de mariage, par les père et mère de la Demanderesse, et les termes dans lesquels la donation est faite, je ne crois pas que l'on puisse douter que la donatrice voulait effectivement gratifier son gendre, pour la moitié de l'immeuble qu'elle donnait aux conjoints. Et la Demanderesse ne peut, en renonçant à la communauté, et en exerçant sa clause de reprise, prendre et rapporter ce qui est tombé dans la communauté pour appartenir *à son mari, le Défendeur ;* et ce de même qu'elle ne serait tenue de rapporter à la succession de la donatrice, que la moitié de l'immeuble, s'il s'agissait pour elle de venir au partage de la succession de la donatrice, suivant les autorités ci-dessus tirées de Ferrière et de Bourjon. D'après ce que dessus exposé, la Demanderesse, en vertu de la clause de reprise, reprendra ce qu'elle a apporté, et qui lui est propre dans l'immeuble ci-dessus désigné, tant de la succession de son père, que de la donation de sa mère. Mais, vu la clause d'ameublissement, par la conciliation de cette clause avec celle de reprise, elle ne les reprendra qu'avec les charges, hypothèques et servitudes que le mari y a imposées durant la communauté, sauf par elle à se

venger sur les autres biens de son mari. Pothier, *Communauté*, No. 410 : " Lorsque le mari, pendant la communauté, a aliéné les héritages que la femme y a apportés, la femme qui exerce le droit de reprise de son apport, n'est pas fondée à les revendiquer contre les acquéreurs ; la clause pour la reprise de l'apport doit *se concilier avec la clause d'ameublissement*. L'intention des parties, dans la clause d'ameublissement, étant principalement de donner au mari la faculté de disposer des héritages ameublis par sa femme, et de les convertir en argent quand il en aura besoin, la clause de reprise de l'apport qui doit se concilier avec elle, ne doit pas priver le mari de cette faculté : c'est pourquoi, lorsque le mari use du droit qu'il avait de vendre les héritages ameublis par sa femme, le droit de reprise de la femme doit en ce cas se convertir au droit de reprise de la somme que valaient les dits héritages lors de l'aliénation que le mari en a faite." Ferrière, (Grand Cout.,) vol. 3, p. 67, No. 25. Nouveau Denizart. On cumule souvent avec l'ameublissement des héritages d'une femme, la clause par laquelle elle est autorisée à renoncer à la communauté et en y renonçant à reprendre tout ce qu'elle y aura apporté. Il y aurait, en quelque sorte, de l'absurdité à vouloir que cette dernière clause détruisît la première et en empêchât l'effet ; ainsi nul doute que le mari conserve le droit de disposer des héritages ameublis, nonobstant la clause de reprise. Duranton, vol. 15, p. 206, No. 172 : " Si c'est un ameublissement indéterminé qu'a fait la femme, elle ne peut non plus, en exerçant la reprise de ses apports, *méconnaître* les hypothèques que le mari a consenties sur ses immeubles, dans la mesure de la somme pour laquelle elle a fait l'ameublissement ; et comme elle ne peut avoir d'hypothèque sur ses *propres biens*, elle ne pourrait prétendre en exercer une sur ces mêmes immeubles, par préférence à celles que le mari a consenties en vertu de la clause d'ameublissement." Roger, (Dictionnaire de Jurisprudence), vol. 5, p. 591. Zacharia, *Droit Civil Français*, vol. 3, p. 547 : " Ainsi encore la femme mariée ne peut, en renonçant à la communauté, revendiquer contre les tiers détenteurs des immeubles que le mari a aliénés. Mais elle est tenue de respecter les hypothèques ou les servitudes qu'il peut avoir consenties sur ces immeubles." L'autorité de Duranton est très applicable au cas actuel, et ce n'est pas le cas de s'occuper des droits d'hypothèques de la Demanderesse, résultant du contrat de mariage de cette dernière, à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari, sur les biens de la communauté, qu'ils soient conquêts réels, ou seulement conquêts par ameublissement et propres à la femme. Pour le moment, il ne s'agit que de savoir ce qui doit rester au mari comme conquêts ou biens de la communauté, et ce qui doit en sortir en vertu de la clause de la

reprise de la femme, pour lui rester, avec les hypothèques et les charges que le mari y aura créées. C'est à tort que les parties ont discuté une question de rang d'hypothèque, entre l'intervenante d'une part, et la Demanderesse de l'autre. Ce n'est que plus tard que pareille question pourra surgir entre les parties, si elle peut surgir aucunement. Il a été prétendu par l'intervenante que, vu la renonciation par la Demanderesse à l'exercice de ses droits sur les immeubles hypothéqués par le mari, lors de l'obligation, elle ne pourrait exercer la clause de reprise en renonçant à la communauté. Mais c'est là une erreur. Cette renonciation de la Demanderesse n'a pu lui ôter le droit de reprendre son propre ameubli ; toute l'étendue de cette renonciation ne peut aller plus loin que ce que l'on trouve dans l'autorité de Duranton ci-dessus citée, obliger la femme à ne pas méconnaître les hypothèques du mari et ne pouvoir en exercer sur ses propres, une fois revenus dans sa main, après la fiction de l'ameublissement terminée par la dissolution de la communauté et le partage des biens. Si la Demanderesse veut persister dans ses prétentions de pouvoir exercer des hypothèques résultant de son contrat de mariage à l'encontre des hypothèques de l'intervenante sur l'immeuble hypothéqué, ce ne pourra être que lorsqu'il sera procédé à la distribution des deniers provenant, soit de cette partie de l'immeuble qui reste au mari, le Défendeur, ou de cette partie du même immeuble que la Demanderesse reprend. Viendra alors la question de savoir si elle peut aucunement en exercer sur les biens qu'elle reprend. Ci-suit le jugement : " La Cour, considérant que, par le contrat de mariage en date du 15 janvier, 1838, reçu devant Racicot et confrère, notaires, entre le Défendeur d'une part, stipulant pour lui, et feus François David et Marie Josephte Dagenais son épouse, de son mari à ce autorisée, stipulant pour la Demanderesse, leur fille mineure, il a été stipulé un ameublissement général de tous leurs immeubles propres et acquêts, présents et futurs, avec aussi une clause de reprise au cas de la renonciation de la Demanderesse, lors de la dissolution de la communauté créée par leur mariage, de tout ce qui lui serait advenu par succession ou donation durant le mariage. Considérant que cette clause d'ameublissement général doit avoir tout son effet d[illegible]pèce actuelle, les père et mère de la Demanderesse a[illegible]mineure ayant stipulé pour elle, ainsi qu'ils y étaient autorisés par la loi du pays, et qu'il n'était pas, non plus, nécessaire de faire insinuer le contrat de mariage pour donner un effet légal à la dite clause d'ameublissement, qui doit être regardée en cette circonstance comme convention matrimoniale et non comme donation : Vu que durant la communauté de biens qui a existé entre la Demanderesse et le Défendeur, il lui est échu

en ligne directe de la succession de feu son père, François David, deux arpents et un quart indivis d'un certain immeuble désigné au rapport du praticien en cette cause, lequel immeuble est identiquement le même, sans améliorations ni détériorations, que celui mentionné en un acte de donation du 29 mars, 1843, reçu devant Racicot et confrère, notaires, mentionné au dit rapport, consenti par feue Marie Josephte Dagenais, au Défendeur et à la Demanderesse, pour être un conquêt de leur communauté pour trois arpents et trois quarts du dit immeuble appartenant à la donatrice pour sa part des conquêts de la communauté de biens qui avait existé entre elle et Jean-Bte Vannier, son premier mari, et François David, son second mari. Vu que, par cet acte de donation, la moitié indivise de ces trois arpents et trois quarts indivis du dit immeuble a été donnée à la Demanderesse et lui était un propre, et que l'autre moitié indivise d'iceux, aux termes du dit acte de donation, a été donnée au Défendeur et doit lui appartenir, et appartient à ce dernier, vu la renonciation de la Demanderesse à leur communauté. Considérant que, vu la clause d'ameublissement général stipulée au contrat de mariage, les parts et portions d'immeubles ci-dessus mentionnées comme étant échues à la Demanderesse, tant de la succession de son père que par le dit acte de donation ci-dessus stipulé, sont demeurées affectées, obligées et hypothéquées à la sûreté des hypothèques dont le Défendeur a pu les charger durant la durée de la communauté, et nommément à l'hypothèque spéciale résultant de l'obligation du 14 mai, 1861, consentie par le Défendeur à la dite intervenante, et reçue devant Doucet et confrère, notaires, à la sûreté du paiement de laquelle obligation il a affecté et hypothéqué la totalité du dit immeuble ci-dessus désigné, tant pour les parts et portions que la Demanderesse pouvait y prétendre de son chef comme héritière de son père, que pour les portions qui lui ont été données par le dit acte de donation du 29 mars, 1843 ; et que, vu tout ce que dessus, la Demanderesse ne peut en vertu de la clause de reprise stipulée en sa faveur au contrat de mariage, reprendre que les portions du dit immeuble qui lui sont advenues de la succession de son père, et par la donation qui lui en a été faite par sa mère, pour la moitié indivise de ce qui en a fait l'objet ; et ce qu'avec les charges et hypothèques que le Défendeur peut y avoir créées et imposées durant la communauté ; et que, quant à l'autre moitié indivise des trois arpents et trois quarts indivis du dit immeuble, ainsi donnée comme susdit au Défendeur, elle doit lui rester en entier, vu la renonciation de la Demanderesse à la communauté : A renvoyé et renvoie le rapport dont l'homologation est demandée par la Demanderesse ; et a ordonné et ordonne qu'il soit procédé par le dit Simard, ou

par tel notaire qui sera nommé par cette cour, sur la demande de la Demanderesse, à constater et établir les reprises et droits matrimoniaux de la Demanderesse contre son mari, en obéissance au jugement interlocutoire du 19 septembre, 1863, mais conformément à ce qui est prescrit par le présent jugement, en autant qu'il statue sur les droits respectifs de la Demanderesse, du Défendeur et de l'Intervenante. La cour réservant à cette dernière de faire valoir, ainsi qu'il y aura lieu ci-après, ses droits et actions hypothécaires contre la Demanderesse et le Défendeur, sur les parts et portions indivises du dit immeuble, dont ils demeureront propriétaires. (14 *D. T. B. C.*, p. 110.)

MOUSSEAU, pour la Demanderesse.
BÉLANGER, conseil.
JUDAH, pour l'Intervenante.

SAISIE-ARRET EN MAIN-TIERCE.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 24 décembre, 1863.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

PARENT *vs.* TALBOT.

Jugé : Qu'un créancier ne peut obtenir jugement contre son débiteur, lorsque ce dernier a été condamné comme tiers-saisi dans une autre cau-e où le créancier était Léfendeur ; et surtout quand le tiers-saisi a commencé à satisfaire au jugement rendu contre lui. (1)

L'action avait été intentée pour ouvrages faits et matériaux fournis au Défendeur dans le courant de juin, 1861. A cette action, le Défendeur plaida paiement et, de plus, que, le 4 décembre, 1861, il avait été condamné comme tiers-saisi dans une cause où le Demandeur était Défendeur pour une plus forte somme que celle réclamée par l'action.

ANGERS, pour le Demandeur, maintint que son action était bien fondée et que le plaidoyer du Défendeur était insuffisant ; que le jugement rendu contre le Défendeur, comme tiers-saisi, dans une autre cause, n'était qu'un jugement par défaut dont le Défendeur pouvait se faire relever ; que, pour se libérer de la présente demande, le Défendeur devait déposer avec son

(1) Le Débiteur condamné, qui a reçu signification d'une saisie-arrêt à la poursuite d'un créancier de son créancier, ne peut, avant le jugement sur cette saisie-arrêt, s'opposer à l'exécution du jugement rendu contre lui à la poursuite de son créancier qu'en offrant le montant de la dette en capital, intérêt et frais. (Duvernay et Dessaulles, C. B. R., Montreal, 12 Mars 1851, ROLLAND J. PANET, J. et AYLWIN, J., confirmant le jugement de C. S., Montréal, 16 décembre 1850, MONDELET, J. (dissident), 1 4 R. *J.* R. *Q.*, p. 114.) V. art. 625 C. P. C.

plaidoyer le montant du jugement obtenu contre lui comme tiers-saisi, et que le seul fait d'avoir été condamné comme tiers-saisi dans une autre cause, n'était pas suffisant pour empêcher le Demandeur d'obtenir un jugement dans la présente cause. Il cita la cause de Duvernay et Dessaulles où la question avait été ainsi décidée.

TOUSIGNANT, pour le Défendeur, prouva à l'enquête que le Défendeur avait payé la plus grande partie du jugement rendu contre lui comme tiers-saisi. Il soutint que le plaidoyer du Défendeur était bien fondé, et qu'ayant payé une partie du jugement rendu contre lui comme tiers-saisi, il n'était pas tenu à d'autres formalités que celles qu'il avait observées: que, s'il était nécessaire pour le Défendeur de déposer au greffe le montant du jugement rendu contre lui comme tiers saisi pour se libérer de la demande en cette cause, la preuve qu'il avait payé une partie de ce jugement était au moins équivalente à un dépot; que le Demandeur ne pouvait obtenir aucune condamnation contre lui, attendu que le jugement rendu contre lui comme tiers-saisi, était pour une plus forte somme que celle réclamée par la présente action, et que, nonobstant que ce jugement fût rendu par défaut, le tiers-saisi s'y était soumis en commençant de le satisfaire en payant la plus grande partie à l'acquit du présent Demandeur.

TASCHEREAU, Juge. Le Défendeur a été condamné en faveur d'un nommé Godbout à payer une somme de £9; £4 ou £5 ont été payés, et, parce que la balance n'a pas encore été payée, le Demandeur prétend qu'il a droit de forcer le Défendeur de déposer la balance en Cour. Ceci pourrait se faire s'il n'y avait pas eu un jugement final déjà rendu, car à quoi bon soumettre un Défendeur à de nouveaux frais sans nécessité? En regardant la cause de Duvernay et Dessaulles citée par le Demandeur, l'on voit qu'il n'y a point d'analogie entre cette cause-là et la présente. Jugement, action renvoyée avec dépens. (14 *D. T. B. C.*, p. 127.)

CASAULT, LANGLOIS et ANGERS, pour le Demandeur.
TALBOT et TOUSIGNANT, pour le Défendeur.

MUR MITOYEN.—ENREGISTREMENT.

COUR SUPERIEURE, Québec, 14 octobre, 1863.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

STILLINGS *et vir*, Demandeurs, *vs.* McGILLIS, Défendeur, *et* COVENEY, Opposant.

Jugé : Qu'un individu qui a avancé des deniers pour la construction d'un mur mitoyen, entre lui et son voisin, ne pourra réclamer un privilège, sur vente par décret de l'héritage voisin, à l'encontre des créanciers hypothécaires sur tel héritage, s'il n'a observé les formalités voulues par la loi des enregistrements, cap. 37, Stat. Ref. du Bas-Canada, sec. 26, sous-sec. 4, et ce quoique la valeur de l'héritage ait été augmentée par la construction de tel mur. (1)

La Demanderesse était créancière hypothécaire du Défendeur, en vertu d'une obligation notariée dûment enregistrée, et, ayant obtenu jugement contre son débiteur, elle fit saisir et vendre ses immeubles, et notamment un emplacement situé au faubourg St-Louis de la cité de Québec. Le nommé Coveney se porta opposant au décret, réclamant par privilége une somme de £9 13 4. Par son opposition, il alléguait un titre par lequel il était devenu l'acquéreur d'un certain emplacement situé en la cité de Québec. Que l'emplacement saisi et vendu dans la cause, appartenant au Défendeur, était contigu à l'emplacement de l'opposant, et que lui et le Défendeur, antérieurement, étant propriétaires d'emplacements contigus l'un à l'autre, avaient procédé à un bornage de leurs propriétés respectives. Que la ligne de division entre les parties ayant été établie par le procès-verbal de bornage, il fut convenu entre elles qu'un mur mitoyen serait érigé pour diviser leurs propriétés respectives, à frais communs, et qu'en exécution de ce marché, il fut de fait érigé un mur mitoyen entre elles, lequel avait coûté une somme de £19 6s 8d, qui avait été payée en entier par l'Opposant, la moitié de laquelle lui était due par le Défendeur. Que la propriété du Défendeur avait été augmentée en valeur, jusqu'à concurrence de la somme de £9 13s 4d, moitié du coût de tout le mur mitoyen : et qu'en raison de ce que par lui allégué, l'Opposant avait droit, sur le produit de la vente de l'immeuble, d'être payé par privilège, et en préférence à tous autres créanciers du Défendeur, de la somme de £9 13s 4d, et il prit des conclusions en conséquence. Par le projet de distribution et de collocation préparé par l'officier de la Cour, Coveney fut colloqué au préjudice de la Demanderesse, conformément aux conclusions de son opposition ; sur ce, contestation du rapport de distribution de la part de la Demanderesse, fondée sur les raisons suivantes : 1° Because Coveney

(1) V. art. 2013 et 2103 C. C.

hath no privilege upon the proceeds of the immoveable property sold, preferable to the *hypothèque* of Mary Ann Stillings. 2° Because Coveney doth not claim as, and is not an architect, builder or other workman, nor doth he claim as subrogated to the privilege of an architect, builder or other workman, representing a *devis et marché*. 3° Because no architect, builder or workman can claim a privilege, such as the privilege claimed in this cause, without having observed the formalities prescribed by the fourth subsec. of the twenty-sixth section of chap. 37, Con. Stats. of Lower-Canada. 4° Because Coveney doth not allege the registration of any *procès-verbal* or other document which could enable him to claim a privilege 5° Because Coveney doth not claim as the lender of money and is not a lender of money, applied to the payment of workmen having a privilege. 6° Because no lender of money applied to the payment of workmen having a privilege, can claim a privilege such as the privilege claimed in this cause, without having observed the formalities prescribed by the said 37 cap., Con. Stats. Lower-Canada, 25th sec. and the sub. sect. 7 thereof. Because supposing Coveney had a privilege, such privilege could only attach upon that part of the proceeds of the sale representing the division wall mentioned in his opposition.

LELIÈVRE, pour la Demanderesse : Le privilège ne résulte pas du droit commun, les créances privilégiées sont celles auxquelles des dispositions particulières de la loi accordent certaines prérogatives spéciales, par exemple, dans le rang qu'elles doivent occuper dans le concours des autres créanciers. (1) L'Opposant est incapable de citer aucune loi que lui accorde, dans l'espèce, une prérogative spéciale, et dont il n'est pas dans les conditions requises pour se prévaloir du privilége qu'il réclame. Notre ordonnance (2) indique quelles sont les personnes qui en pareil cas peuvent valablement réclamer le privilége que réclame Coveney ; ce sont : " Les architectes, " constructeurs ou autres ouvriers employés à la construction, " reconstruction ou réparation de bâtisses, canaux ou autres " édifices et ouvrages ; pourvu qu'il ait été fait un procès-verbal " par un expert nommé par un juge de la cour supérieure du " district dans lequel les bâtisses ou les lieux sont situés," &c. Cette disposition de notre ordonnance est fondée sur ce qui se pratiquait en France à ce sujet, et l'on ne saurait ouvrir un livre de droit qui traite cette matière sans trouver une autorité conforme aux prétentions de la Demanderesse ; je référerai plus particulièrement à Pigeau, Proc. Civ., (3) où en traitant

(1) 7 Troplong, p. 121, No 99.

(2) 4 Vic., cap. 30, Sec. 31 ; Stat. Ref. du B. C., cap. 37, sec. 26, sous-sec. 4.

(3) 1er Pigeau, p. 810.

" des privilèges réels sur les maisons, terres, rentes, etc." il est dit : " Quatrième privilège : Les créances de ceux qui ont augmenté la valeur, par des ouvrages, réparations ou autrement ; " (mais ce privilège n'a lieu que sur l'accroissement de valeur " qu'à procuré cette auxmentation.) Il faut observer sur ces " deux derniers privilèges, deux choses ; la première, que comme " il serait facile à un propriétaire qui s'entendrait avec un " ouvrier, de faire naître une créance simulée en faveur de " celui-ci, pour ouvrages prétendus faits, on a exigé pendant " longtemps, pour que l'ouvrier pût se dire créancier et avoir " un privilége, qu'il y eût un devis et un marché contenant le " prix et le détail des ouvrages, passés devant notaires, avec " minute, ainsi qu'il était ordonné par une sentence du Châtelet " du 3 décembre, 1689, confirmée par arrêt du 31 juillet, 1690 : " etc." Coveney n'a observé aucune des formalités voulues, il n'a pris aucune des précautions requises : donc il n'a aucun privilége, et le projet de distribution doit être réformé.

Stuart, G. O., pour Coveney, prétendit que du moment qu'il était apparent que par le prêt de deniers, un individu avait contribué à l'augmentation d'une propriété, par des réparations ou constructions sur telle propriété, il avait droit de réclamer le paiement des deniers ainsi avancés jusqu'à concurrence de la valeur de telle augmentation. La question soulevée par la contestation n'était pas quant au montant, question qui n'eut pu être soumise à la cour que par une contestation de l'opposition, mais bien, quant à l'existence du privilége réclamé par sa partie, les autorités citées par la Demanderesse, était en faveur du privilége réclamé ; il cita aussi la cause No. 1278, *Withall* vs. *Pentland*.

Jugement : Considérant que l'opposant Coveney réclame sur les deniers provenants de la vente de l'immeuble saisi, une somme d'argent pour construction par lui faite d'un mur mitoyen entre le Défendeur et lui, l'Opposant, sur l'immeuble saisi. Considérant que l'Opposant n'allègue pas, par son opposition, qu'avant de reconstruire le mur, il ait fait constater l'état des lieux et la nécessité de cette reconstruction, par un expert dûment nommé par un juge de cette cour, ni qu'il en eut constaté la réception par un expert nommé de la même manière, et qu'il n'apparaît pas que le privilége réclamé par l'Opposant ait été en aucune manière enregistré. Considérant, qu'en autant, l'Opposant n'est que créancier chirographaire, et n'a aucun privilége sur les deniers à l'encontre de la Demanderesse : La cour maintient la contestation de la collocation de l'Opposant Coveney, No. 9 du rapport de distribution, avec dépens contre Coveney, et ordonne que le dit rapport soit

amendé en conséquence , et que la collocation en soit retranchée." (14 *D. T. B. C.*, p. 129.)

LELIÈVRE, pour la Demanderesse.

STUART et MURPHY, pour l'Opposant.

ENCLAVE.—DROIT DE PASSAGE.

COUR SUPERIEURE, Montréal, 31 octobre 1863.

Présent : BERTHELOT, Juge.

RAUGER, Demandeur, *vs.* RAUGER, Défendeur, *et* VALOIS, Opposant.

Jugé : Que le droit de passage sur un héritage pour arriver à une enclave qui n'a pas d'autre voie d'accès, est une servitude légale dont il n'est pas nécessaire de produire un titre par écrit, lorsque la jouissance en a duré plus de trente ans. (1)

BERTHELOT, Juge : Il s'agit d'une opposition à fin de distraire, par Valois, à une saisie de la terre du Défendeur, avec l'addition suivante ; " avec en outre le chemin de sortie, tel qu'il " existe, et a toujours existé, pour communiquer de la terre " saisie au chemin de la Reine." L'Opposant allègue que ce chemin de sortie dont il est ainsi question passe sur la terre par lui acquise par échange de Gabriel Pilon, sans que le propriétaire de la terre saisie ait jamais eu aucun droit ou titre à icelui, et lequel chemin lui appartient en entier, à lui l'Opposant Il conclut à ce qu'il soit déclaré être le seul propriétaire du dit chemin de sortie, et qu'il n'existe aucun droit de passage ou de chemin sur la terre de l'Opposant en faveur du propriétaire de l'immeuble saisi, et à ce que la saisie du chemin soit déclarée nulle et de nul effet. Cette conclusion semble fautive. L'Opposant paraît être sous l'impression que, par la saisie dont il s'agit, la propriété du chemin peut être mise en question, tandis qu'il ne peut s'agir que du droit qu'aurait l'adjudicataire de se servir du chemin comme passage pour aller au chemin de la Reine. Le Défendeur conteste en disant que la terre saisie est une enclave, et n'a pas d'autre issue pour aller au chemin de la Reine que le dit chemin de sortie. Que lui et *ses auteurs*, depuis plus de 30 ans, et même 50 ans, ont toujours joui du chemin *animo domini*, et que cette possession publique, paisible et continue de ce chemin nécessaire et indispensable pour communiquer de sa terre à la voie publique, a eu l'effet de créer une servitude légale sur la terre de l'Opposant, dont ce dernier ne pouvait lui refuser l'usage, et qu'il a, par là, acquis par prescription la propriété irrévo-

(1) V. art. 540 et 549 C. C.

cable du chemin de sortie, pour la terre saisie, et que, dans ces circonstances, lui et ses successeurs, ont droit à la possession et propriété du chemin ; et conclut à ce que l'opposition soit déboutée. L'Opposant répond que la terre du Défendeur n'est pas une enclave, mais qu'elle est bornée de côté par la petite Rivière Quinchien, laquelle longe le chemin de la Reine, et que le Défendeur peut communiquer au chemin de la Reine sans passer sur la terre de l'Opposant, et que le Défendeur et ses auteurs n'ont pu, par conséquent, obtenir aucun droit de servitude ou de passage par prescription, la terre en question n'ayant jamais été et n'étant pas une enclave ; que le Défendeur et ses auteurs n'ont jamais possédé le dit droit de passage pendant 30 ans, ou d'aucune manière à leur en faire acquérir le droit par la prescription, et que, par conséquent, la contestation est mal fondée. La preuve testimoniale établit au delà de tout doute que la terre du Défendeur est une enclave, et deux des trois témoins de l'Opposant, admettent, en transquestions : " Que le Défendeur n'a pas d'autre chemin de sortie en existence pour communiquer de sa terre au chemin de la Reine de la petite Rivière, que le *chemin de sortie* saisi en cette cause, qui passe sur la terre de l'Opposant." Ce dernier a tenté de prouver que le Défendeur pouvait aujourd'hui avoir accès au chemin public en plaçant son front sur cette partie de la rivière qui se trouve maintenant avoisiner son immeuble, mais il paraît bien établi d'autre part, que ceci n'est dû qu'à des éboulements de la rivière depuis une quinzaine d'années. Et il n'y a aucune preuve, ni même tentative de preuve, pour faire présumer que l'Opposant aurait entendu profiter de ces changements des lieux, pour obliger le Défendeur depuis ces quinze ans, à cesser de se servir du chemin de servitude en question, qui n'avait plus de raison d'être, s'il était réellement possible à ce dernier d'avoir issue au chemin public, sans passer sur la terre de l'Opposant. Ce n'est certainement pas par une opposition à fin de distraire que l'Opposant pourrait exercer l'action *négatoire* qui lui résulterait du changement des lieux. D'ailleurs, ce droit n'est pas toujours reconnu, (1) il dépend des circonstances, du laps de temps que le droit de servitude a été exercé, et pourrait même être refusé, s'il devait en résulter trop d'inconvénients, à raison des bâtises en existence et de l'exploitation des lieux, durant un long espace de temps, avec l'usage du droit de passage en un certain endroit. Il faut donc revenir à considérer la question entre les parties irrespectivement de ce changement des lieux, réel ou prétendu, et qui ne serait survenu que depuis peu d'années, comparativement au long temps qu'avait duré auparavant l'exercice paisible,

1) Dalloz, 1848, lère partie, page 5.

public et non interrompu de cette servitude légale ou droit de passage, résultant nécessairement de l'enclave, et fondé sur la nécessité même des lieux, et résultant de la position des héritages de l'un et de l'autre. Or, il est bien prouvé, par deux témoins, dont l'un est l'auteur même de l'Opposant, et tous deux plus âgés que ceux de l'Opposant et ayant presque toujours demeuré dans l'endroit, que le chemin ou passage en question, et dont l'usage est réclamé pour le propriétaire de la terre du Défendeur, existe de fait, depuis plus de 50 ans, sans aucune interruption ni changement, c'est-à-dire, pendant 15 ou 20 ans avant que les éboulements de la rivière aient opéré des changements qui auraient pu donner ouverture, au profit de l'Opposant, à une demande en discontinuation de l'exercice de la servitude. Il me reste maintenant à voir quel est l'effet légal d'un pareil état de choses pour le Défendeur et l'Opposant. Je cite du 3e vol. Toullier, No 552 : " Il faut donc bien distinguer " le passage que la loi *accorde à la nécessité pour l'exercice* " *des fonds enclavés,* du passage de simple commodité pour le " service des fonds non enclavés qui ont une issue sur la voie " publique. Le premier est une *servitude légale,* qui n'a besoin " d'être justifiée par *aucun titre.* Son titre est *dans la loi,* dans " le fait prouvé de *l'enclave et de la nécessité.* Le second ne " peut être établi que par le fait de l'homme, par un titre " émané du propriétaire du fonds servant. et non par la prescrip- " tion sans titre. En passant sur l'héritage voisin pour se rendre " à la voie publique, le propriétaire du fonds enclavé ne fait " qu'user de son droit ; il l'exerce *pro suo,* et un pareil passage " ne peut jamais être réputé précaire, quand même le fonds ser- " vant ne serait pas clos ; car un passage fondé *par la loi* et *sur* " *la nécessité* ne peut pas être réputé de simple tolérance. No. " 556 : Le droit de passage accordé aux fonds enclavés qui n'ont " pas d'issue sur la voie publique est fondé sur la nécessité. Et " ce après avoir fait remarquer, au no. 554, qu'il en est différem- " ment pour un fonds qui a une issue sur la voie publique, car " alors tel passage n'est que de commodité, c'est une servitude " discontinue qui ne peut s'acquérir *sans titre,* même par la " plus longue possession. Fournel, vol. 2, p. 404, du Voisinage : " En général, on ne peut acquérir une servitude, *sans titre,* " même quand on en aurait joui pendant 100 ans, conformé- " ment à l'article 186 de la Coutume de Paris, qui devrait sur " ce point former le *droit coutumier.*" Et puis il continue à la page 405 : " Ces principes doivent-ils recevoir une exception " pour le cas où il s'agit d'une servitude de passage au profit " d'un *héritage enclavé !* Ce droit de passage pourrait il s'ac- " quérir par prescription ?" Nous partageons l'avis que plusieurs

auteurs justement estimés ont émis sur cette question. (1) " La servitude de passage, due à un héritage enclavé est légale, ont-ils dit, elle n'a besoin d'être consentie par aucun titre ; il est indispensable qu'elle existe, c'est la loi qui l'établit ; elle diffère donc du passage qui n'a point pour base une necessité absolue et qui ne peut exister que comme servitude conventionnelle. La seule question à examiner, est donc de savoir s'il y a ou non *enclave, nécessité de passage* et par suite *servitude légale* ; si le voisin se croyait fondé à soutenir que son héritage n'est pas celui qui présente le trajet le plus court, et que tel autre voisin doit plutôt en être chargé, on ne devrait accueillir cette objection que dans le cas où l'exercice du passage ne durerait pas depuis 30 ans. Mais si ce temps est écoulé, alors il y a présomption qu'au commencement de la possession, l'état des lieux et la convenance ont été vérifiés, et que c'est parce qu'il ne pouvait s'y refuser que le propriétaire l'a souffert si longtemps sans réclamer : et M. Pardessus ajoute que si la prescription trentenaire ne rendait pas irrévocable le lieu du passage, les propriétés deviendraient inutiles, ou ce qui serait aussi funeste, elles deviendraient l'occasion de procès ruineux." S'il est bien établi, comme je le pense, par la preuve que l'immeuble saisi est une enclave, et que le Défendeur et ses auteurs ont joui, pendant plus de 30 ans, et même de 50 ans, du droit de sortie (ainsi qu'il est exprimé au procès-verbal de saisie) pour communiquer du dit immeuble au chemin de la Reine, je ne vois pas comment je pourrais refuser de faire l'application des autorités ci-dessus rapportées et de déclarer que le Défendeur a acquis par prescription, tant par sa possession que par celle de ses auteurs, pendant plus de 30 ans, le droit de sortie et de passage sur la terre de l'Opposant, là où il existe aujourd'hui, à titre de servitude légale et nécessitée par l'état des lieux, et que par conséquent le Défendeur est bien fondé dans sa contestation de l'opposition qui doit être déboutée avec dépens. (2)

" La cour, considérant qu'il est constaté, par la preuve et la procédure, que l'immeuble saisi sur le Défendeur est une enclave, sans issue au chemin de la Reine, autre que le chemin de sortie tel qu'il existe aujourd'hui sur la terre de l'Opposant, pour communiquer de l'immeuble saisi au chemin de la Reine, et mentionné au procès-verbal de saisie, et que le Défendeur, tant par lui que par ses auteurs, pendant plus de 30 ans, en a ainsi joui, à titre de servitude légale et nécessitée par l'état des lieux, à l'endroit où il existe aujourd'hui, ce qui lui a fait

(1) Toullier, vol. 3, nos. 551 et 552 ; Pardessus, no. 222 et suiv. ; Favard, vbo. servitude.

(2) Autorités de l'Opposant : Toullier, vol. 3, nos. 547, 548, 512, 554 ; Pandectes Françaises de la Porte, vol. 5, p. 482.

acquérir par prescription l'usage et propriété de ce droit de sortie pour l'avenir, comme propriétaire du dit immeuble saisi, jusqu'à ce qu'il intervienne des changements au contraire; et que, par conséquent, le Défendeur est bien fondé dans sa contestation de l'opposition, a renvoyé et débouté la dite opposition, avec dépens, et ordonne qu'il soit procédé ci-après sur la saisie ainsi qu'il pourra appartenir. (14 *D. T. B. C.*, p. 134.)

DORION et DORION, pour l'Opposant Valois.

CHARPENTIER, pour le Défendeur contestant.

CHEMIN DE FER.—CLOTURES.

COUR DE CIRCUIT, Arthabaska, 9 janvier, 1864.

Présent : STUART, Juge.

ROUX dit SANSCHAGRIN *vs.* LA COMPAGNIE DU GRAND TRONC DE CHEMIN DE FER DU CANADA.

Jugé : 1o. Que l'obligation de la compagnie de clore la voie ferrée ne s'étend qu'au propriétaire voisin, et que la compagnie, lorsqu'il n'y a pas de négligence de sa part, n'est pas responsable du dommage causé à des animaux venant d'une propriété qui n'est pas contiguë au chemin de fer, nonobstant qu'elle ne se soit pas conformée aux dispositions du statut.

2o. Que, dans l'espèce, il n'y avait pas négligence de la part de la compagnie. (1)

Par son action, le Demandeur réclamait la somme de £22 10s, pour dommages causés par la Défenderesse, en ce que cette dernière, par la négligence, la faute et la malice de ses employés, le ou vers le 29 juin, 1863, dans le township de Stanfold, lui avait tué cinq bêtes à cornes, qui étaient alors errant sur le chemin de fer, et que les animaux étaient allés sur le chemin de fer à raison du mauvais état de la clôture de la Compagnie. A cette action, la Défenderesse plaida que les animaux étaient errants sur des terrains n'appartenant pas au Demandeur; que la compagnie avait été exemptée de faire des clôtures par le propriétaire du terrain où erraient les animaux; que les animaux, venant de sur des terres voisines de celle sur laquelle il n'y avait pas de clôture, la compagnie n'était pas responsable des dommages qui leur étaient causés, qu'elle ne l'était qu'envers le propriétaire de la terre sur laquelle il n'y avait pas de clôture. La Défenderesse prouva que les animaux venaient de sur les quatrième et cinquième terres de celle sur laquelle il n'y avait pas de clôture, et que, errant d'une propriété à une autre, ils étaient allés sur le chemin de fer où ils avaient été tués par une locomotive. A l'argument, le procu-

(1) V. S. du C. de 1888, 51 V., ch. 29, s. 194.

reur du Demandeur maintint que la Défenderesse devait être condamnée à payer les dommages réclamés; qu'il avait été prouvé que les animaux appartenaient au Demandeur, et qu'ils étaient allés sur le chemin de fer par la négligence de la compagnie, qui n'avait pas entretenu sa clôture dans un bon état, tel qu'elle y était obligée par la loi; qu'il y avait eu malice de la part de la Défenderesse, et que ni elle ni ses employés n'avaient rien fait pour éviter de causer les dommages au Demandeur. Les procureurs de la Défenderesse s'attachèrent fortement à démontrer que le Demandeur était coupable de négligence; qu'il ne pouvait pas réclamer des dommages de la Défenderesse en raison du mauvais état de sa clôture, parce que la cause des dommages procédait immédiatement du Demandeur lui-même, par le mauvais état de ses clôtures avec ses voisins; que ses animaux avaient d'abord été sur les propriétés voisines et de là, errant d'une propriété à l'autre, étaient allés sur le chemin de fer où ils avaient été tués. Enfin que la Défenderesse n'était point responsable des dommages causés à des animaux errants sur le chemin de fer, venant de sur des propriétés qui n'y adjoignaient pas, et qu'elle ne pouvait être responsable que des dommages causés au propriétaire de la propriété adjoignant le chemin de fer seulement, quand ce propriétaire n'était pas coupable de négligence et que les dommages étaient causés par la compagnie, résultant de ce qu'elle ne s'était pas conformée aux règles qui lui étaient imposées par la loi. (1) Jugement: Action renvoyée sans frais. (14 *D. T. B. C.*, p. 140.)

PACAUD, pour le Demandeur.

TALBOT et TOUSIGNANT, pour la Défenderesse.

(1) Pierce on American Railway Law, pp. 333 et seq.: Rae, Plaintiff, vs. The Grand Trone R. R. Co., Defendants. Judgment rendered at Sherbrooke in 1859. "The demand was for twenty-five pounds, the value of a mare killed on the Railway track by Defendant's engine, to which Defendants pleaded that the line of Railway did not run through Plaintiff's land, and that the Company was not bound to fence against animals straying and trespassing on their track. SHORT, Justice: I must, in this case, support Defendants' plea. It is proved that the Railway did not run through Plaintiff's land. That his mare was straying on the highway, some distance from home. That the mare, with other horses, was returning from the direction of Waterville to Hatley on the Queen's highway, and *the horses were driven from the highway through the yard of one Bliss, on to the Railway track*, up an embarkment *from 20 to 30 feet high which has been left unfenced for several months, by reason of certain repairs* to a culvert which had been damaged or washed away by a flood. The Defendants are undoubtedly bound by law to fence their road for the protection of those through whose lands their railway runs and for the protection of their cattle, &c., from accidents, and would most probably be held liable to passengers and freighters on their cars, should an accident happen to any person, or damage to goods be suffered by any accident caused by cattle straying on their track by Deficiency in their fences. But the question here is whether a Plaintiff whose horses and cattle have strayed on to the *railway track where they are trespassers, can recover the value of an animal killed under such circumstances.* The Court is of opinion

PRIVILEGE POUR LES FRAIS DE JUSTICE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Québec, 15 juin 1863.

Before AYLWIN, DUVAL, MEREDITH, MONDELET and BERTHELOT, Justices.

ALFORD, Appellant, *and* THE MAYOR, COUNCILLORS AND CITIZENS OF THE CITY OF QUEBEC, Respondents.

Jugé: Qu'un Demandeur, qui a fait vendre les effets d'un Défendeur, en vertu d'un writ d'exécution, n'a pas le droit d'être payé, sur le produit de telle vente, de tous les frais encourus par lui sur contestation de son action ; les frais pour lesquels il a un privilège, n'étant que les frais comme dans une action jugée aux mérites *exparte*, avec enquête. (1)

The moveable effects of Defendant having been sold, under a writ of execution issued at the instance of Plaintiff, and the sum of $121,76 having been realized from the sale thereof, the

he cannot. The action must therefore be dismissed. I understand there are two other cases brought against the Company for damages suffered at the same time under similar circumstances. " SANBORN and BROOKS, for Plaintiff. ROBERTSON, for Defendants.

Superior Court, Montreal, Dubord, Plaintiff, vs. the G. T. R. Co., Defendants. BADGLEY, Justice, judgment the 27th February 1858. " The Court, considering that Plaintiff hath not established the material averments of the declaration, and that the horses in question were allowed by the negligence of Plaintiff, his agents or servants in charge of them, to stray at their pleasure, and did thereby stray on to the track of Defendants' Railway, and were thereby trespassers thereon ; doth dismiss Plaintiff's action, with costs."

(1) Le Demandeur dans une cause a droit d'être colloqué, par privilège et de préférence au vendeur, sur le produit de la vente des immeubles du Défendeur, pour tous ses frais d'action *ex parte comme étant les frais indispensablement encourus pour poursuivre la saisie et vente des immeubles vendus* (*Garneau* vs. *Fortin*, et *Dupuis*, Opposant, C. S., Québec, 16 février, 1852, BOWEN, J. en C., 3 R. J. R. Q., p. 113 et 5 R. J. R. Q., p. 27 et 30.)

La section 55 du chapitre 16 des Statuts du Canada de 1843, 7 Vict., était en ces termes : " Chaque fois que des meubles et effets seront saisis en vertu d'un writ émané d'aucune des cours du Banc de la Reine, ou d'aucune Cour de Circuit, et que le locateur réclamera un privilège ou droit de suite pour son loyer, le dit locateur ne pourra empêcher la vente des dits meubles et effets par une opposition ; mais il pourra mettre ou déposer son opposition *à fin de conserver*, entre les mains du shérif ou de l'huissier qui aura saisi les meubles et effets, soit avant ou après la vente ; et si l'opposition est déposée avant la vente, le shérif ou l'huissier n'en procèdera pas moins à la vente des dits meubles et effets, et il en fera son rapport ; et d'après ce rapport, le locateur conservera son privilège sur les deniers provenant de la vente de tels meubles et effets, et il sera colloqué en conséquence, nonobstant toute loi ou coutume à ce contraire : Pourvu toujours, que chaque fois qu'une telle opposition ou autre opposition *à fin de conserver*, sur les deniers prélevés en vertu du writ *de bonis*, qui aura été émané du terme inférieur d'aucune des Cours du Banc de la Reine, ou d'aucune Cour de Circuit, sera mise et déposée entre les mains de l'huissier avant que celui-ci ait payé à la partie poursuivante les deniers provenant de la vente, il sera du devoir de l'huissier de faire aussitôt rapport du dit writ, suivant la loi, et de verser entre les mains du greffier ou protonotaire de la cour dont sera émané le writ, les deniers provenant de la

Mayor, Concillors and Citizens of the City of Québec, the Respondents, filed an opposition "à fin de conserver," claiming the sum of $79,45, for assessments due for the year then last past, and praying to be collocated for, and paid the said sum out of the proceeds of the sale, by privilege, and in preference to all other creditors, according to law. (1) The deputy prothonotary drew up a report of distribution, collocating Plaintiff, in the fourth item thereof, by privilege, for the sum of $81.35. being the amount of the whole of the costs taxed in favor of Plaintiff in the cause. The Respondents contested this item of the report, maintaining, that if Plaintiff was entitled to be collocated, by privilege and in preference to Respondent, for any sum of money whatsoever, as privileged costs, it could only be for the sum of $27, and prayed that the report of distribution in this particular should be amended. By the judgment rendered, the contestation was maintained. It was from this judgment that the appeal was instituted.

POPE, R. for Respondents : It is contended on behalf of Respondents, that the principle upon which costs are held privileged is, that they have been necessarily incurred in the interest of all the creditors, and that any creditor would necessarily have to incur such costs in order to bring Defendant's

vente pour attendre et subir le jugement de la cour." Cette section a été reproduite dans la s. 96 du chap. 38 des Statuts du C. de 1849, 12 V.

Il a été jugé, sous ces dispositions, que le Demandeur dans la cause a droit d'être colloqué, par privilége et de préférence au locateur, sur le produit de la vente des meubles du Défendeur, pour tous ses frais d'action contestée. (*Jervis* vs. *Kelly*, et *Marquis*, Opposant, C. S., Québec, 8 février 1853, BOWEN, J. en C., DUVAL, J., 4 R. J. R. Q., p. 85 et 5 R. J. R. Q., pp. 27 et 30.)

Il n'y a de privilège pour les frais de poursuite que pour un montant égal aux frais d'une action de la plus basse classe par défaut. (*Horan* vs. *Murray*, C. S., Québec, 7 avril 1855, BOWEN J. en C., MEREDITH J., et BADGLEY J., 5 R. J. R. Q., p. 27.)

Le Demandeur qui a obtenu jugement à privilège sur les biens du Défendeur pour tous ses frais en Cour de première instance et en Appel. (*Gauthier* vs. *Blaicklock*, C. S., Québec, 9 avril 1855, BOWEN, J. en C., MORIN, J., et BADGLEY, J., 5 R. J. R. Q., p. 27.)

Le privilége des frais de justice prend sa source dans la gestion d'affaires au profit des créanciers. On doit entendre par frais de justice ceux qui se font pour la cause commune des créanciers et pour la conservation et liquidation du gage dans leur intérêt. Le Défendeur qui, dans une action contestée a fait renvoyer la demande avec dépens n'a de privilège pour ses frais que pour un montant égal à celui qui eût été nécessaire pour obtenir un jugement contre le Demandeur dans une cause ordinaire par défaut. (*Denis* vs. *St Hilaire et al.*, C. S., Québec, 19 Septembre 1855, BOWEN, J. en C. (dissident), MEREDITH, J., et MORIN, J., 4 R. J. R. Q., p. 385 et 5 R. J. R. Q., p. 27.)

Le Demandeur qui a obtenu jugement dans une cause contestée n'a de privilège que pour les frais dans une cause *ex parte*, avec enquête. (*Michon* vs. *Sleigh*, et *Gagnon*, Opposant, C. S., Québec, 5 mars 1856, STUART J., GAUTHIER, J., et PARKIN, J., 5 R. J. R. Q., p. 26 ; *Morrisset* vs. *Dugal*, C. S., Québec, 5 mars 1856, STUART, J., et PARKIN, J., 5 R. J. R. Q., p. 27. V. art. 1994, 1995 et 1996 C. C. et art. 606 C. P. C.

(1) 22 Vict. Cap. 30, sec. 19, of 1858.

effects to sale, and such costs alone are considered "frais de justice," and as such, privileged. (1) The equity and justice of this principle is undoubted; but it by no means follows that the whole of a creditor's taxed costs are *frais de justice*, or such costs as any other creditor would necessarily have had to incur, because a Defendant may have a good ground of defence to a portion or the whole of one creditor's demand and not have the shadow of a defence to that of another, by which means the heavy expenses of a contested cause and voluminous *enquête*, would be incurred, in the interest of one creditor only, and which costs he would receive by privilege, to the detriment of the other creditors, whose claims would not have occasioned any such contestation, or expensive *enquête*. The practice of the courts, therefore, has been of late, to hold as privilege costs, such costs only as the contesting or privileged creditors would necessarily have had to incur to bring the effects of the Defendant to sale, in an *exparte* case, according to the amount of his claim, with the costs of *enquête*. This principle being admitted, Plaintiff is not entitled to be collocated in preference to the Respondents in any sum whatever as and for privileged costs, because, by the 25th Vic., Cap. 45, sec. 28, Respondents could have brought the effects of the Defendant to sale, without instituting any action, or obtaining any judgment against him, but simply by taking out a writ of execution from the Recorder's Court, here, which would have entailed no expense upon the Respondents whatever. This appears to have been also the intention of the legislature, by the wording of the 18th section of the 22 Vic., Cap. 30, above cited, by which debts due to Respondents are declared privileged debts, and are to be so held in "the distribution of the proceeds" of property, whether real or personal, by all Courts of Justice; the legislature thus drawing a distinction between privileged claims on the debtor's effects, and those upon "the proceeds of the sale thereof."

MEREDITH, Justice: The Appellant having seized the goods and chattels of Defendant in the court below, under a writ of *saisie-gagerie*, his claim was contested, and a judgment having been rendered in his favor, his costs were taxed at $81.35. The prothonotary collocated Appellant, by privilege, for the whole of the said costs, in the distribution of the proceeds of the sale of the moveables which Appellant had so caused to be seized. The Respondents contested this collocation, in so far as it exceeded $27, on the ground that Appellant, in resisting the contestation of his own claim, must be considered as having

(1) 1 Troplong, *Priv. et Hyp.*, Nos. 122, 123, 131; 1 Pigeau, *Procéd. Civ.*, p. 682.

acted in his own interest, and not for the benefit of the creditors generally; and, therefore, that the costs of the contestation ought not to be considered as privileged costs. The Superior Court maintained the contestation; and I think rightly. Troplong says: "Le privilége des frais de justice, prenant sa "source dans la *gestion d'affaires*, au profit des créanciers;" "(1) and it appears to me impossible to regard the costs incurred by Appellant, in resisting a contestation of his own demand, as a "gestion d'affaires au profit des créanciers." The learned Counsel for Appellant referred to several cases (2) as establishing a jurisprudence in his favor; but they do not appear to me to support his pretension. The case of Denis vs. St. Hilaire, is certainly not in favor of Appellant, for, in that case, the costs of contestation after full argument were deliberately rejected by a majority of the Court. And, in Garneau vs. Fortin and Michon vs. Sleigh, the costs allowed as privileged costs were costs incurred upon *exparte* proceedings: and, therefore, the point upon which the present judgment turns, cannot have been raised in either of those cases. In Jarvis vs. Kelly, the costs allowed as privileged included the costs of contestation, but no attempt appears to have been made in that case to cause a distinction to be observed between the costs of contestation, and the remainder of the

(1) 1 Troplong, Priv. et Hyp., p. 151, No. 131; see also Persil, Priv. et Hyp., vol. 1, p. 62; 8 Pothier, p. 812; 5 R. J. R. Q., p. 26.

(2) La section 30 du chapitre 30 des Ordonnances du Conseil Spécial de 1841, 4 Vict., était en ces termes: "Depuis et après le jour auquel cette ordonnance aura force et effet, il ne sera constitué ou créé aucune hypothèque par aucun jugement, acte ou procédé judiciaire, à être rendu, fait ou prononcé après cette période, sur aucune des terres, ténéments, ou héritages, propriétés réelles ou immobilières du Défendeur ou des Défendeurs, du débiteur ou des débiteurs, contre lesquels tel jugement, acte ou procédé judiciaire sera rendu, fait ou prononcé, excepté ceux dont tel défendeur ou débiteur sera saisi et en possession au temps du prononcé de tel jugement, ou de l'accomplissement et achèvement de tel acte ou procédé judiciaire, lesquels terres, ténéments et héritages, propriétés réelles ou immobilières en dernier lieu mentionnés y seront seuls soumis; et il ne sera établi ou créé aucune hypothèque par un jugement, acte ou procédé judiciaire qui n'accordera point une somme spécifique d'argent, et telle hypothèque ne sera établie et ne subsistera que quant à telle somme d'argent seulement; excepté les jugements contenant une adjudication d'intérêt et frais de poursuite, ou d'intérêt et frais seulement, laquelle adjudication pourra être faite, comme il se pratique maintenant, sans la mention expresse du montant de l'intérêt et des frais dans le jugement, et portera néanmoins hypothèque; nonobstant toute loi, usage ou coutume en aucune manière à ce contraire."

Il a été jugé, sous ces dispositions, que les frais d'action, comme accessoire du principal, priment une réclamation hypothécaire enregistrée subséquemment à l'obligation sur laquelle le jugement a été rendu mais antérieurement au jugement qui a condamné le Défendeur au paiement des frais (*Marchildon* vs. *Mooney* et *Little*, Opposant, et *La Société de Construction de Québec*, Contestante, C. S. *Québec*, 8 mars, 1858, *Bowen* J.-en-C., 6 R. J. R. Q., p. 162.) V. les causes de *Garneau* vs *Fortin*; *Jervis* vs. *Kelly*; *Denis* vs. *St. Hilaire*; *Michon* vs. *Sleigh*.

costs. And, in Michon vs. Sleigh, the question decided was rather a question of registration, than a question of privilege, and judging from the sum allowed, as privileged costs in that case, (£8.2.11) I infer that no costs of contestation were allowed. The judgment of the Court below, therefore, does not seem to be opposed to any established jurisprudence, and, believing as I do that it is right in principle, I think it ought to be confirmed. Judgment confirmed. (14 *D.T.B.C.*, p. 143.)

Bossé and Bossé, for Appellant.

Pope, for Respondent.

DECRET.—BAIL EMPHYTEOTIQUE.

Superior Court, Quebec, 31st May 1856.

Before : Meredith, J.

Têtu *vs.* Chinic.

Jugé : Qu'une propriété immobilière vendue par décrêt est purgée de toutes charges dont elle était dès avant grevée, excepté celles qui sont expressément énoncées dans l'avertissement du shérif ou avis de vente ; et que, dans l'espèce, la propriété vendue ayant été deux fois louée pour plusieurs années, sujette à un canon amphytéotique en vertu de chaque bail, et le premier bail seul ayant été mentionné dans l'avertissement, la propriété vendue était purgée des charges qui l'affectaient en vertu du second bail. (1)

Meredith, Justice : The Defendant is the owner of an emplacement which was conceded, subject to an annual rent of £8 5s, by an emphyteotic lease, bearing date the 19th day of May, 1819, from Felix Têtu to Erastus White ; and Plaintiff, as the representative of Têtu, claims the arrears for 18 months of the emphyteotic rent so created. The Defendant contends that the emplacement in question was purchased by the Quebec Building Society (from whom he acquired it) on the 23d day of January 1856, at sheriff's sale, free from the charge of the rent, and, therefore, that the claim of Plaintiff is unfounded. It appears that the emplacement in question forms part of an extensive lot of land which was conceded by the nuns of the Hotel Dieu, to the Hon. William Grant, for a period of 99 years, by an emphyteotic lease, bearing date the 31st day of May, 1790 : and the principal question, between the parties, is whether the Quebec Building Society, now represented by Defendant, acquired the lot of land subject to the charges contained in the emphyteotic lease of 1790, or subject to those contained in the emphyteotic lease of 1819. The description in

(1) V. art. 710 C. P. C.

the sheriff's advertisements and in the sheriff's deed which has given rise to this difficulty is as follows: "The unexpired term of the *bail amphytéotique* herein after mentioned, that is to say, a certain lot or parcel of ground, &c., subject to the charges and conditions mentioned in the *canon amphytéotique* dated the 31st May, 1790." Here it may be observed that the sheriff's sale at which the Quebec Building Society (now represented by the Defendant) acquired the emplacement in question, took place at the suit of Plaintiff, and under a judgment against Harriet Martin, who had acquired that emplacement from Erastus W. White. the lessee under the emphyteotic lease of 1819. The pretension of Plaintiff is that, as the land was sold as belonging to Harriet Martin, that the purchaser can have no rights other than those which she had: that she held the land under the emphyteotic lease of the year 1819, that the unexpired term of that lease was what was sold by the sheriffs sale; that although the annual rent due under the lease of 1819, is not expressly referred to in the conditions of the sale, yet, that rent being an essential part of the lease sold by the sheriff, the payment of it must be deemed one of the conditions of the sale, and, in support of this view, the learned counsel of Plaintiff cited the judgment of this Court in the case of *Méthot* vs. *O'Callaghan*, and *Lampson* Opposant. (1) As to the words in the advertissements and deed of sale by the sheriff, referring in the emphyteotic lease of 1790, it was expressly contended, at the argument, that they did not form a part of the description of the property sold, but are the expression of a charge upon it. These pretensions although submitted with much ability by the learned counsel for Plaintiff, cannot be sanctioned by the court. A property sold by sheriff's sale to make use of the words of Pothier: "est tranférée à l'adjudicataire "avec les seules charges exprimées par l'affiche; le décret purge "toutes les autres; il éteint tous les droits de propriété, et au-

(1) La vente par le shérif du terme restant à expirer d'un bail emphytéotique mentionné dans l'avis de vente et le rapport du shérif est une vente des droits du Défendeur sur la propriété décrite au bail, et ces droits consistent dans ceux qui lui sont conférés par le bail, de jouir de la propriété pendant un certain temps, à la condition de payer une certaine rente annuelle, canon emphytéotique stipulé au bail. La rente est une partie essentielle du bail et n'en peut être séparée, et elle n'est pas perdue par la vente du terme à expirer du bail, quoique la vente du shérif ne soit pas faite à la charge expresse de la payer. (*Méthot et al.* vs. *O'Callaghan* et *Lampson*, Opposant, C. S., Québec, 22 avril 1852, DUVAL, J. et MEREDITH, J., 3 R. J. R. Q., p. 213.)
La vente, faite par le shérif sur le preneur d'un immeuble que ce dernier détient par bail emphytéotique, mais faite comme s'il en était propriétaire, à l'effet de purger lés droits du bailleur, et ce dernier peut réclamer la valeur de ses droits sur le produit de la vente, quoiqu'il n'ait pas fait enregistrer son titre d'acquisition, ni le bail emphythéotique. (*Murphy* vs. *O'Donovan et Lampson*, Opposant, C. S., Québec, 22 avril 1852, BOWEN, juge en chef, DUVAL et MEREDITH, juges, 3 *R. J. R. Q.*, p. 214.)

"tres droits réels, que les tiers auraient pu avoir dans cet héritage." (1) It is true that the property in question is spoken of in the proceedings of the sheriff "as the unexpired term of the emphyteotic lease hereinafter mentioned." But the only emphyteotic lease mentioned in those proceedings in the lease of the year 1790, and not the lease of the year 1819: and, therefore, the charges preserved, according to the authority cited from Pothier, are those stipulated in the lease of 1790, adverted to in the sheriff's advertisements, and not those of the lease of 1819, which is in no way referred to in the proceedings of the sheriff. The point urged at the argument that the lease of 1790 is referred to by the sheriff, not as part of the description, but *as a charge upon it*, is directly at variance with Plaintiff's declaration, which, after giving the description of Defendant's property, *according to the sheriff's sale*, continues as follows: "alléguant le Demandeur, que le bail ainsi "saisi et vendu, et l'immeuble ci-dessus désigné, sont ceux ci-"dessus désignés en premier lieu, le dit bail étant *erronément* "*indiqué comme étant du trente unième jour de mai 1790*, "au lieu qu'il était de fait du 19 mai 1819." The pretension on the part of Plaintiff that the emplacement in question was sold subject to the emphyteotic rent claimed by the present action, is also directly at variance with the opposition filed by him in the case in which that property was sold; and, by which opposition, he claimed the capital on the ground of the rent having been extinguished by the sheriff's sale. The court then held, as I now hold, that the rent was purged by the sheriff's sale; but Plaintiff's claim, not having been duly registered, was held to be inoperative as against a subsequent duly registered hypothec. (2) The present judgment is not at

(1) Pothier, Proc. civ., p. 255; De Héricourt, p. 147; Pigeau, vol. 1, p. 779.

(2) La sec. 4 du ch. 30 de l'ordonnance du conseil spécial de 1841, 4 Vict., était en ces termes "dans l'espace de douze mois de calendrier, depuis et après le jour auquel cette ordonnance aura force et effet, il sera enregistré de la manière ci-après prescrite, un sommaire de toutes obligations notariées, contrats, instruments par écrit, jugements, actes et procédés judiciaires, reconnaissances, droits, et réclamations privilégiées et hypothécaires, maintenant en force ou qui seront en force le jour auquel cette ordonnance aura force et effet, en vertu desquelles aucune dette ou dettes, somme ou sommes d'argent, biens meubles ou effets, ont été contractés, stipulés ou assurés, ou ont été recouvrés, ou faits, ou sont payables, ou livrables, et au moyen desquels des terres tenements, ou héritages, propriétés réelles ou immobilières, ont été et sont hypothéquées, chargées ou affectées, pour le paiement, satisfaction ou livraison d'iceux; et tel enregistrement quand il sera ainsi fait dans le temps prescrit comme susdit, aura l'effet de conserver telles hypothèques, droits, et réclamations hypothécaires et privilégiées, suivant leur rang et leur priorité respectivement, de la même manière que si cette ordonnance n'eût pas été passée; et toute telle obligation notariée, contrat, instrument par écrit, jugement, reconnaissance, acte ou procédé judiciaire, droit ou réclamation privilégiée ou hypothécaire, dont il n'aura point été enregistré de sommaire dans la

variance with the decision rendered in *Methot* vs. *O'Callaghan, and Lampson*, to which the attention of the court was particularly drawn by the learned counsel of Plaintiff. In that case, we held that the sale of the unexpired term of an emphyteotic lease subjects the purchaser to all the charges contained in that lease, including the annual rent; I fully admit that doctrine; but hold, at the same time, that the Defendant having purchased "subject to the charges and conditions" mentioned in the *canon emphytéotique*, dated "the 31st day of May, 1790," cannot, on that account, be subject to the charges and conditions contained in the *emphyteotic lease of the 19th May, 1819.* In *Methot* vs. *O'Callaghan*, we held that the sale of an unexpired term of an emphyteotic lease implied an obligation to pay the rent due under such lease: and, without in any way impugning that doctrine, I now hold that the sale of such an unexpired term, does not subject the purchaser to the *charges of two leases.* For these reasons, I am of opinion that the property held by Defendant is not now subject to the rent payable under the emphyteotic lease of the 19th day of May, 1819, and, therefore, that the present action cannot be maintained.

"The court, considering that the emphyteotic lease mentioned in Plaintiff's declaration was extinguished by the sheriff's sale, mentioned in the peremptory exception by Defendant filed, doth dismiss the present action, with costs. (14 *D. T. B. C.*, p. 147.)

ANGERS, for Plaintiff.

TESSIER, U. J., for Defendant.

période en dernier lieu mentionnée, sera, depuis et après l'expiration de la dite période, sans force, nulle, et de nul effet quelconque, à l'égard de tout subséquent acquéreur *bonâ fide*, donataire, possesseur d'hypothèque, créance ou lien hypothécaire ou privilégié, pour et sur valable considération : pourvu que rien de ce qui est contenu dans les présentes sera entendu comme requérant l'enregistrement des octrois originaires, lettres patentes, transports ou titres par lesquels aucune terres ont été octroyées et transportées, et sont maintenant tenues en fief, à titre de cens, en franc aleu, ou en franc et commun soccage, ou d'aucune rente, somme d'argent, dette, droit, service dont il sera convenu dans et par iceux, ou réservé par le seigneur, possesseur originaire, ou seigneur du fief." Il a été jugé sous les dispositions de l'ordonnance du conseil spécial de 1841, 4 Vict., ch. 30, sec. 4, que l'enregistrement d'un bail emphytéotique, passé avant la mise en force de cette ordonnance, n'était pas nécessaire pour conserver au preneur la propriété à lui transférée par le bail, vu que cette ordonnance n'exigeait pas l'enregistrement des actes antérieurs à sa mise en force transférant les immeubles, mais que cet enregistrement était nécessaire pour conserver au bailleur la rente créée en sa faveur par le bail à l'encontre des créanciers postérieurs à l'ordonnance et qui avaient enregistré. (*Têtu* vs. *Martin et la Société de Construction de Québec*, Opposante, C. S., Québec, 3 février 1857, BOWEN, juge en chef, MEREDITH et MORIN, juges, 5 *R. J. R. Q.*, p. 164.)

INSCRIPTION SUR LE ROLE DE DROIT.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 4 février, 1864.

Coram STUART, J.

EVANTUREL, *et vir.*, Demandeurs, *vs.* EVANTUREL, Défendeur.

Jugé: Qu'aux termes de la 51ème règle de pratique, il est nécessaire que dans l'inscription sur le rôle de droit pour audition en droit sur les plaidoyers, le jour auquel telle audition aura lieu soit indiqué, ainsi que dans l'avis d'icelle; sans quoi telle inscription sera déclarée nulle, et la cause sera rayée du rôle.

Dans cette cause, le Défendeur plaida par exception péremptoire en droit perpétuelle, à laquelle exception les Demandeurs répliquèrent en droit; cette réplique nécessitant une audition en droit, les Demandeurs inscrivirent la cause "sur le rôle de "droit, pour être entendue sur la défense au fonds en droit "des Demandeurs. à l'exception perpétuelle filée par le Défen-"deur." Sur cette inscription, le Défendeur fit motion, qu'elle fût déclarée nulle, et que la clause fût rayée du rôle; parce que la dite inscription ne contenait point l'appointement d'un jour pour l'audition de la cause, tel que voulu par la règle de pratique, (1) et parce que l'avis de l'inscription était aussi insuffisant et irrégulier sous le même rapport. Règle absolue. (2) (14 D. T. B. C., p. 151.)

JOLY, pour les Demandeurs.

LANGLOIS, JEAN, pour le Défendeur.

EXECUTION OF A WILL BEFORE NOTARIES.

PRIVY COUNCIL, 15th March, 1869.

Present: Sir JAMES WILLIAM COLVILLE. Sir ROBERT PHILLIMORE, (the judge of the High Court of Admiralty), the lord justice SELWYN, and the lord justice GIFFARD.

EMILIE MALVINA EVANTUREL and EDOUARD RÉMILLARD, Appellants, and l'Hon. FRANÇOIS EVANTUREL, Respondent.

Article 289 of the *Coutume de Paris*, in force in Lower Canada, regarding the execution of wills, enacts: "*Pour réputer un testament solennel, il est nécessaire qu'il soit écrit et signé du testateur; ou qu'il soit passé par devant deux notaires; et qu'il ait été dicté et nommé par le testateur aux dits*

(1) La règle de pratique est comme suit: LI "That no contested cause "shall be heard upon any inscription on the "rôle de droit," unless two juri "dical days shall have intervened between the inscription and the day ap-"pointed for the hearing."

(2) Une décision semblable fut rendue dans la cause, No 327, *Cressé* vs. *Baby*. Jugement le 5 juin, 1852, TASCHEREAU, Juge.

notaires, et depuis à lui relu en la présence d'iceux notaires, et qu'il soit fait mention au dit testament, qu'il a été ainsi dicté, nommé et relu, et qu'il soit signé par le dit testateur et par les témoins ; ou que mention soit faite de la cause pour laquelle ils n'ont pu signer."

A testatrix, domiciled in Lower Canada, who was unable to write, sent for a notary to make her will, giving him directions as to the dispositions it was to contain, which he took down in writing. The notary, in conformity with the instructions, prepared the will and handed it over to her. The testatrix afterwards consulted a counsel on the subject to the will, and he made an alteration in the margin. Two days afterwards the testatrix went to the notary's office, bringing with her the will, which he perused, and seing the alteration, drew his pen through it. He then sent for another notary, and in the presence of the second notary asked her, what were the dispositions she desired to make, which she expressed briefly to be all the dispositions contained in the will. The first notary then read over the will to her, and she suggested certain alterations, which were made by him in the presence of the other notary, and in his presence he re-read to the testatrix the additions and corrections made. As the testatrix could not write, the *énoncé sacramentel* was as follows: *a déclaré ne savoir ni écrire ni signer de ce requise.*

Held: (affirming the judgment of the Court of Queen's Bench in Lower Canada, on the appeal side), that the execution of the will was good, and that the requirements of the 289th art. of the *Coutume de Paris* had been sufficiently complied with, as the words *dicté et nommé par le testateur aux dits notaires* did not require, in express terms, that the will should be written by a notary at the time of dictation by the testatrix.

The question raised upon this appeal related to the will of the late Mme Evanturel, domiciled in Lower Canada, the validity of which depended upon the regularity of its execution, as required by the 289th Art. of the *Coutume de Paris.* The Appellants insisted, in the Court below, that the will was invalid upon two grounds; first, that the Testatrix had not legal capacity to make such will, and that it was obtained by fraud and undue influence practiced on her by the Respondent. This latter ground was abandoned in the course of the proceedings in Canada. And secondly, that it was not validly passed and executed according to the Law of Lower Canada. The judgment appealed from (which reversed the judgment of the Superior Court for the Province of Lower-Canada, District of Quebec), sustained the will, as being duly executed, and valid by the Law of Lower Canada. The facts of the case were as follows: The Respondent was the only son, and sole executor, and residuary legatee in usufruct of the late Mme Evanturel: the Appellant, Emilie Malvina Evanturel, was his sister, who sued, with her husband the Appellant, Edouard Remillard. The suit commenced by a claim to the succession of the late Mme Evanturel (*pétition d'hérédité*), filed by the Appellants in the Superior Court of Lower Canada. The petition alleged, in substance, that Mme Evanturel died on the 10th of November 1863, leaving five children surviving her, namely, one son, the Respondent, François Evanturel, and

four daughters, Maria Marguerite Evanturel, the Wife of Alfred Paré; Sophie Evanturel, the wife of Louis Timothé Suzor: the Appellant, Emilie Malvina Evanturel, the wife of the Appellant, Edouard Rémillard: and Elmire Aglaé Evanturel, unmarried; that, such five children constituted the sole heirs of Mme Evanturel, and that consequently each of them was entitled to one-fifth share of her property; that nevertheless the Respondent had unlawfully possessed himself of the whole of the property of the deceased, to the exclusion of his sisters; and the petition prayed that the Respondent should be ordered to deliver up to the Appellants one-fifth share of such property, with all profits accrued thereon, and to pay the costs of the suit. To this petition the Respondent replied by a peremptory and perpetual exception in law (*exception péremptoire en droit perpétuelle*), in which he pleaded the will in question, dated the 18th of May, 1861, made by his late Mother. The will, the due execution of which was alone in contest, after directing payment of the Testatrix's debts, comprised a donation by instrument *inter vivos*, which she had executed on the first of December 1860, of a piece of land in Quebec, in favour of the Respondent, and giving certain specific legacies and annuities, declared that she discharged her son from all accounts and claims against him as her agent or attorney during her lifetime, and appointed him sole executor thereof. The testatrix was unable to write, though capable of reading to some extent, and in consequence the manner in which the will (which was in french) was executed was stated on the face of it as follows: "Ce fut ainsi fait, "dicté et nommé par la dite Dame veuve François Evanturel, "testatrice, aux dits notaires soussignés, et son présent tes- "tament lui ayant été lu et relu par Mtre Joseph Petitclerc, "l'un des dits notaires, en présence de Mtre Philippe Huot, son "confrère, pour ce mandé, la dite Dame Evanturel a dit le "bien entendre et comprendre, et y a persisté, à Québec, en "l'étude de Mtre Joseph Petitclerc, l'un des dits notaires, l'an "1861, le 18 du mois de mai, après-midi, sous le numéro 11686. "Et la dite Dame veuve François Evanturel a déclaré ne "savoir ni écrire ni signer de ce requise lecture faite et refaite. "Philippe Huot, N. P., Jh. Petitclerc, N. P." The Appellants replied to the Respondent's exception by general answers, affirming their original petition and traversing the exception of the Respondent. And by a special answer they denied the validity of the will propounded by the Respondent on the grounds of incapacity and undue influence, and also on the ground of insufficient and informal execution. The Appellants afterwards moved before the Superior Court of Lower Canada that they might be at liberty *de s'inscrire en faux* against

the will pleaded by the Respondent, to take proceedings for the purpose of showing that the will was not duly executed as a testamentary instrument. An *inscription en faux* is, by the law of France and Lower Canada, necessary when a public testament, or *testament solennel*, purporting on the face of it to have been duly *dicté et nommé* by the testator to two Notaries, is sought to be annulled, as not having been in fact so *dicté et nommé*. Leave was granted, and they then obtained an order, according to the ordinary practice when there is an *inscription en faux* against an exhibit, that the will should be lodged in the office of the Prothonotary of the Court. They afterwards filed a statement of their objections to the due execution of the will, *moyens de faux*. The objections so pleaded were as follows: first, that the pretended will of the late Dame Evanturel, under date the 18th of May 1861, was not *dicté et nommé* by her to M. J. Petitclerc and his colleague, Notaries Public, as falsely alleged in the pretended will. Secondly, that the pretended will was not *dicté et nommé* by her to M. Petitclerc and his colleague, notaries Public, on the 18th of May 1861, as falsely alleged by the pretended will. Thirdly, that important part of the pretended will (other than the preambule), appeared to be manuscript, written or altered in a strange hand, other than that of either of the two Notaries who passed the will. On the objections so pleaded issue was joined. The cause was heard on the 10th of June 1864, in the Superior Court of Lower Canada, before the Hon. J. T. TASCHEREAU, assistant-judge. In order to support the above objections, the Appellants called as witnesses, Petitclerc and Huot, the two notaries before whom the will was passed, and the Testatrix's legal adviser Casault. Their evidence as to the execution of the will was to the following effect: M. Petitclerc, the family Notary, was summoned by the Testatrix, on the 16th of May 1861, and went to her in the afternoon of that day. He found Mme Evanturel alone, and she said at once that she wanted to make her will, and there and then dictated her wishes, of which he made a memorandum. This memorandum contained, in an abbreviated form, all the dispositions and bequests which appeared in the will. The testatrix then told him to draw up her will according to these instructions, and to send it to her that she might have it examined by her Counsel. He drew up the will according to these instructions the same day or the day following, and sent it back to Mme Evanturel. On the afternoon of the 18th of May, Mme Evanturel came to his office to execute her will, bringing with her the draft which had been sent to her: M. Petitclerc took it and examined it, and finding some words on the fifth page in a strange hand, he scratched them out at

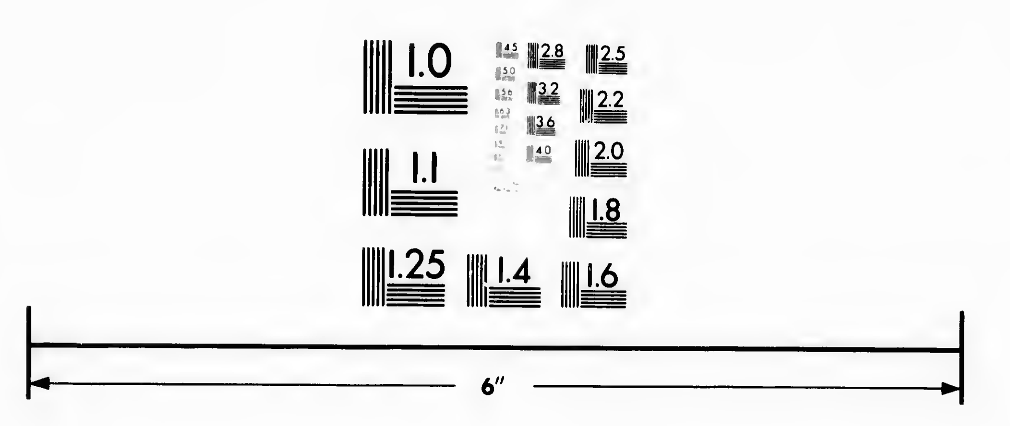
once ; he then sent for his colleague, M. Huot, to assist at the execution. On M. Huot's entrance, M. Petitclerc requested the testatrix to say what her last wishes were ; and she repeated in brief all the bequests and dispositions contained in the will. M. Petitclerc took the will, read it, and having done so, asked Mme Evanturel if she wished to add or alter anything. Mme Evanturel then made some trifling emendations, and then desired him to add the words which he had already found in the margin, written in a strange hand, to the effect that if any of her daughters tried to dispute her will, the legacy to such daughter or daughters should be void and fall into residue ; at her request he added these words in his own handwriting, and he and his colleague verified the addition by affixing to it their initials. M. Petitclerc then read the will once again, and asked the testatrix to sign, but she declared she could not write. The evidence of M Casault confirmed in every respect that given by M. Petitclerc. It was he who had added the words in the margin which were scratched out by M Peticlerc. He was present at the execution of the will, and said that madame Evanturel then repeated all the dispositions which were contained in the will in the same way as they were there expressed, without, however, employing the same words or following absolutely the same order, and that she did this in the presence of M Huot, M Peticlerc, and the witness. Mr Huot said, that M Peticlerc asked Madame Evanturel what were the dispositions which she wished to make, and she repeated in brief all the dispositions which were contained in the will. She repeated in an easily comprehensible manner the dispositions which were contained in the will, as if she knew them by heart ; and it appeared from the evidence of M Casault that this witness held the draft will in his hand, and followed Madame Evanturel as she repeated them. Either he or M Petitclerc remarked to her, that there was a note written in a strange hand, and she said that she had instructed M Casault to add it. M Petitclerc scratched out the words in his presence and re-wrote them in his own hand. As, however, the Appellants persisted in their objection that the will had not been *dicté et nommé*, and endeavoured to sustain it by a technical construction of the 289th art. of the *Coutume de Paris*, the Respondent proceeded to show how the law had been construed in practice. With this view he called one of the principal notaries of Montreal and ten notaries of large practice at Quebec, who all confirmed the mode adopted by M Petitclerc in respect to the execution of the will, stating that they had seldom, if ever except in the case of illness or immediate necessity, made wills in any other way. The Appellants in the first instance objected to the admission of this

evidence, and ultimately endeavoured to neutralize its force by counter evidence of their own. They produced eight notaries from various country districts, who were in the habit when they made a will of writing it down at once from the dictation of the testator in the presence of another notary, or of two witnesses but it appeared that few, if any, of the witnesses adopted this practice from any idea of its being the only lawful one; on the contrary, it was mostly on grounds of convenience that they acted as they did, their clients being generally people from the country round, who came into town for the day, and who could not wait or come again when their wills had been put into proper form, while at the same time the property was generally so small, and the disposition of it so simple, that no peculiar care or consideration would be needed for framing their wills. Of three notaries in Quebec whom the Appellants called in support of their view, two had but seldom practised as notaries, and had never had a will of any importance to draw, and the third, M Pruneau, admitted that he had quite recently drawn up several wills in the very way in which Mme Evanturel's will was drawn, and his admission was confirmed by the Respondent's witnesses in rebuttal, who had assisted M Pruneau in passing several wills. The cause was heard before Mr. Justice TASCHEREAU, who, on the 5th of September, 1864, made the following remarks, and pronounced the following judgment:

TASCHEREAU, Juge : L'action que la Demanderesse, assistée de son époux, Edouard Rémillard, a portée en cette cause, est en pétition d'hérédité, comme une des cinq héritiers de Marie-Anne Bédard, sa mère, en son vivant de Québec, veuve de François Evanturel, en son vivant du même lieu, et est dirigée contre le Défendeur qui est frère de la Demanderesse, et un des héritiers et représentants légaux de Marie-Anne Bédard. La Demanderesse allègue en sa déclaration que le Défendeur, au décès de Marie-Anne Bédard, arrivée à Québec, le ou vers le 10 novembre, 1863, s'est emparé et mis en possession de toute la succession de la défunte, laquelle succession est alléguée être riche, et que le Défendeur refuse de remettre à la Demanderesse la part (un cinquième) qui lui revient dans cette succession, et elle conclut à ce que le Défendeur soit condamné à lui remettre la part et portion à laquelle elle a droit en la succession de sa mère, avec fruits et revenus, si mieux n'aime le Défendeur payer à la Demanderesse une somme de £2,500, intérêt et dépens. Le Défendeur, en réponse à cette demande, a plaidé. 1° Une dénégation générale. 2° Une exception péremptoire en droit perpétuelle, par laquelle il invoque : 1° un testament solennel de Marie-Anne Bédard, fait et reçu le 18 mai, 1861, pardevant Petitclerc et confrère, Notaires Publics,

à Québec, et par lequel la testatrice aurait disposé de tous ses biens, comme suit, savoir : confirmant et approuvant une donation qu'elle avait faite au Défendeur, par acte fait et passé pardevant Huot et confrère, Notaires Publics, à Québec, le 1er décembre, 1860, léguant certains meubles à Elmire-Aglaé Evanturel, une de ses filles, en pleine propriété ; donnant et léguant au Défendeur la jouissance et usufruit de tous ses biens meubles et immeubles, instituant pour cet objet François Evanturel, son légataire universel usufruitier, à la charge par lui de payer une rente annuelle et viagère de £25 à chacune de ses sœurs, Marguerite Evanturel, épouse d'Alfred Paré, Sophie Evanturel, épouse de L. T. Suzor, Emilie-Malvina Evanturel, Demanderesse, et Elmire-Aglaé Evanturel, et aussi à la charge par le Défendeur de payer à chacune des trois sœurs de la testatrice mentionnées au testament une rente annuelle et viagère de £25, et avec la condition que le dit usufruit du Défendeur, non plus que les legs de rente viagère payables à ses filles et à ses sœurs ne pussent être saisis : et, quant à la propriété de tous ses biens meubles et immeubles, la testatrice la donne et lègue aux enfants nés et à naître du mariage du Défendeur avec Jeanne-Louise-Eugénie Huot, son épouse, et à la charge par eux de continuer le paiement des rentes viagères susdites du jour du décès de leur père : ordonnant de plus que, si ses filles ou aucunes d'elles contestaient directement ou indirectement son testament, elles perdraient leur droit aux legs ci-dessus, et seraient privées de tous droits dans sa succession. Et le Défendeur conclut au renvoi de l'action des Demandeurs comme conséquence de l'existence de ce testament. 2° Le Défendeur, par la même exception, invoqua un autre testament de sa mère, fait et exécuté pardevant Petitclerc et confrère Notaires, à Québec, le 14 mai 1852, par lequel la testatrice avait disposé de ses biens, comme suit, savoir : Donnant au Défendeur la jouissance et usufruit d'un emplacement situé en la Haute-Ville de Québec, ou de telle part qui pouvait lui appartenir en icelui, avec la part de la maison dessus construite qui pouvait lui appartenir, et la propriété aux enfants susdits du Défendeur : donnant l'usufruit et jouissance du reste de ses biens à son époux, François Evanturel, à la charge d'une rente annuelle et viagère de £60 à chacune de ses trois filles qui ne seraient pas mariées lors de sa mort, (la testatrice) et à certaines conditions y exprimées : et, quant à la propriété du reste de ses biens meubles et immeubles, la donnant aux enfants de ses enfants, aussi sous certaines conditions et restructions exprimées au testament. Et le Défendeur conclut au renvoi de l'action des Demandeurs comme conséquence de ce premier testament. Le 9 janvier 1864, les Demandeurs répondirent : 1° par une défense au

IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)





fonds en droit, 2° par des réponses spéciales à cette exception péremptoire en droit perpétuelle du Défendeur. La défense en droit prétendait que cette exception du Défendeur était illégale en partie, que le Défendeur ne pouvait pas invoquer simultanément deux testaments distincts et séparés de la testatrice que le dernier était le seul qui dût avoir force ; que de fait, le dernier rappelait virtuellement celui de 1852, que ce dernier était une lettre morte et ne pouvait être invoqué ni plaidé comme péremptoire de l'action de Demandeurs. La Cour, par son jugement du dixième jour de mars 1864, a maintenu la position des Demandeurs prise par leur défense en droit, et renvoyé cette partie de l'exception du Défendeur, par laquelle il plaidait et opposait aux Demandeurs le premier testament de madame Evanturel, limitant ainsi la contestation à celui du 18 mai 1861. Les réponses spéciales des Demandeurs se rapportent exclusivement au testament du 18 mai 1861, et allèguent que ce testament n'est pas l'expression des volontés de la testatrice, qu'à l'époque de sa date la testatrice était déjà depuis plus d'un an attaquée d'une maladie qui l'a conduite au tombeau, et qu'elle était tellement affaiblie de corps et d'esprit qu'elle n'avait plus la force et l'énergie nécessaires pour avoir et exprimer une volonté claire et distincte. et pour résister aux manœuvres et suggestions du Défendeur, de manière à faire un testament tel que celui du 18 mai 1861 : alléguant, de plus, que la testatrice n'avait jamais été, en raison de son manque d'éducation, capable de faire un testament ; alléguant que le Défendeur s'était emparé de la volonté de sa mère, l'avait indisposée contre ses autres enfants, et que, si elle a fait ce testament, elle n'a fait que céder aux suggestione et manœuvres du Défendeur, dans un temps où il avait réussi à exciter son esprit contre ses autres enfants. Les réponses spéciales allèguent que le Défendeur a empêché la testrtrice de recevoir *la visite* des médecins et d'autres personnes qui auraient pu l'engager à s'affranchir du contrôle que le Défendeur exerçait sur elle, et que la testatrice a souvent exprimé son regret d'avoir ainsi fait son testament et, en un mot, que ce testament n'est pas l'expression de la volonté de la testatrice, mais qu'il est le faitde la fraude, suggestion, captation et menaces employées par le défendeur. Les réponses spéciales des Demandeurs vont aussi à dire que le testament est faux, n'ayant pas été dicté et nommé par la testatrice aux notaires instrumentaires ; que des parties importantes de ce testament se trouvent être altérées par une main étrangère et autre que celle des deux notaires. Et les Demandeurs concluent à ce que le testament et toutes ses dispositions soient déclarées nuls. Les Demandeurs ont obtenu la permission de s'inscrire en faux contre ce testament, et leurs moyens de faux sont : 1o. Que ce testa-

ment n'a pas été dicté et nommé aux notaires, tel que faussement allégué. 2o Que ce testament n'a pas été dicté et nommé le 18 mai, 1861, tel que faussement allégué. 3o. Que des parties importantes de ce testament sont écrites et altérées par une main étrangère, autre que celles des deux notaires instrumentaires, avec conclusion à l'effet que le testament soit déclaré nul. L'issue a été jointe par les parties tant sur les autres points de l'exception péremptoire en droit perpétuelle relatifs à l'état mental de la testatrice, que sur les moyens de suggestion et de captation, etc. L'inscription a été faite par le Défendeur principal le 1er février, 1864, au rôle des enquêtes et mérites pour le 11 avril, 1864, sur l'issue relative aux reproches de suggestion, captation et l'état mental de la testatrice, et les Demandeurs ont aussi inscrit pour le même jour et au même rôle d'enquêtes et mérites, l'issue sur l'inscription en faux. Le 1er mars, 1864, les parties furent entendues sur une motion faite par les Demandeurs en faux, tendant à demander que toute procédure fut suspendue sur l'inscription du Défendeur de l'issue relative aux reproches de suggestion, captation et à l'état mental de la testatrice jusqu'à ce qu'il eût été statué par cette Cour sur l'inscription en faux ; la Cour, pour les raisons alors par elle exprimées a renvoyé cette motion, par son jugement du 10 mars, 1864. L'enquête s'est engagée et a été commencée par celle sur l'inscription en faux, conformément à l'interlocutoire, prononcé par cette Cour, le 13 avril, 1864. Les Demandeurs en faux ont fait entendre pour témoins, Petitclerc et Philippe Huot qui sont les notaires instrumentaires, ainsi que Napoléon Casault, avocat, qui, comme aviseur légal de madame Evanturel, assistait à l'exécution du testament. Le procès-verbal du testament en question dressé par le protonotaire de cette Cour fût aussi filé par les Demandeurs, comme fac-simile de la minute, avec toutes ses ratures, additions, corrections, et ajouté en marge. Ce testament contient six pages et demie d'écriture ordinaire. Sur la deuxième page, on remarque que le mot Adélaïde, comme un des noms de mademoiselle Evanturel, est raturé, et qu'on y a substitué celui d'Aglaé au moyen d'un renvoi en marge, lequel est paraphé des deux notaires ; cette correction, substitution du mot Aglaé au lieu d'Adélaïde, se trouve à la troisième page, avec cette différence que le mot Aglaé a été écrit pardessus celui d'Adélaïde. A la cinquième page se trouvent écrits en marge d'une main autre que celle des notaires, mais comme ayant été biffés, les mots suivants, "et que, quant à celle ou celles qui voudront contester mon dit testament, le legs à elles fait de la dite rente soit non avenu et caduque :" plus bas, aussi en marge, se retrouvent les mêmes mots, mais cette fois écrits de la main de Petitclerc, et paraphés par lui et

Huot. Le testament contient l'énoncé sacramentel qu'il a été fait, dicté et nommé par la testatrice aux deux notaires, et que le testament lui ayant été lu et relu par Petitclerc en présence de Huot, la testatrice a dit le bien entendre et comprendre et y a persisté, et a déclaré ne savoir écrire ni signer de ce requise, après lecture faite et refaite. Petitclerc, comme témoin, a juré, que, dans l'après-midi du 16 mai, 1861, il s'est rendu chez la testatrice qui l'avait fait demander. Qu'arrivé chez la testatrice, elle l'a fait entrer dans une chambre où ils ont été complètement seuls. Que madame Evanturel lui a dit de suite qu'elle voulait faire son testament, et que, sur le champ, elle lui dicta ses volontés, dont il prit note sur le champ. Que cette dame n'avait aucune note par écrit avec elle. Que lui Petitclerc a écrit sur un morceau de papier les notes qu'il prit alors. Il ajoute que ces notes consistaient en ce qu'elle donnait la jouissance et usufruit de tous ses biens meubles et immeubles au Défendeur, son fils, et la propriété de tous ses biens aux enfants nés ou à naître du mariage du Défendeur, à la charge par eux de payer une rente viagère à chacune de ses filles, et une autre rente viagère à chacune des trois sœurs de la testatrice, et qu'elle nommait son fils pour exécuter ce testament. Petitclerc jure que c'est tout ce que la testatrice lui a alors dit, si ce n'est qu'elle le chargea de préparer le projet de son testament tel que dicté, et de lui envoyer le projet aux fins de le faire examiner par son avocat, et il répète de nouveau que c'est là tout ce qu'elle lui a alors dit. Il jure qu'il avait dressé, le même jour ou le lendemain, le projet du testament qui a subséquemment formé la minute d'icelui. Qu'il était seul quand il a préparé cette minute qu'il a envoyé à madame Evanturel. Qu'il n'a reçu ce projet que le 18 mai 1861, dans l'après-midi, lorsque madame Evanturel est venue chez lui pour exécuter son testament. Que c'est madame Evanturel qui lui a remis le projet en arrivant chez lui le 18 mai. Qu'il n'y avait personne lorsqu'elle est entré chez lui. Qu'ayant ouvert et examiné le projet, il a vu, à la 5e page, les mots écrits d'une main étrangère, et les ratura de suite. Qu'ensuite il a fait demander son confrère Huot, auquel il dit qu'il l'avait envoyé demander pour l'assister dans l'exécution du testament. Il jure qu'alors le testament était déjà tout écrit. Que madame Evanturel a répété en présence de Huot qu'elle donnait la jouissance de tous ses biens meubles et immeubles au Défendeur et la propriété à ses enfants, aux charges des rentes viagères susdites, qu'elle n'a pas dit autre chose, et qu'ensuite lui, Petitclerc, a lu le testament à madame Evanturel en présence de Huot, et lui a demandé si elle avait quelque chose à ajouter ou à changer à son testament. Que madame Evanturel là-dessus lui a fait raturer les mots qui se trouvaient rayés à

la troisième et quatrième pages, et qu'ensuite elle lui a dit qu'elle désirait ajouter que, dans le cas où quelqu'une de ses filles contesterait son testament, elle voulait que celle qui contesterait fut privée de son legs, et il jure que c'est à la suite de cela qu'il a mis en mage les mots en question qui se trouvent à la 5e page. Il jure que c'est pour la première fois alors que madame Evanturel lui avait parlé de cette clause. Qu'il n'a pas gardé les notes qu'il a prises chez madame Evanturel. Sur les transquestions, Petitclerc dit qu'il est le notaire de la famille depuis 32 ans, et qu'il a relu une seconde fois le testament à madame Evanturel, après qu'elle lui eût fait faire les corrections sus-mentionnées. Que, quand il l'a donné son témoignage, il y avait deux ou trois mois qu'il n'avait vu le testament, et qu'il se rapj elle maintenant que c'est madame Evanturel qui lui a dicté chez elle ce qui concerne ses funérailles, et tout ce qui se trouve dans son testament depuis le premier mot jusqu'au dernier, et que les notes qu'il avait prises contenaient, en abrégé, tout ce qui se trouve au testament, excepté le renvoi à la 5e page, et que, lors du 18 mai 1861, madame Evanturel a répété devant lui et devant Huot toutes ses dispositions, presque toutes en les mêmes mots. Huot, le second notaire, corrobore le témoignage de Petitclerc dans les points importants, et aussi quant au fait que madame Evanturel, avant que lecture du projet du testament lui eût été faite, a répété toutes ses volontés aux deux notaires comme si elles les eût sçues par cœur. Cependant il ne s'accorde pas avec Petitclerc sur le fait de savoir s'il n'est arrivé chez Petitclerc avant ou après madame Evanturel. Il dit que madame Evanturel n'est arrivée qu'après lui et Casault, et sur le fait de savoir si la remarque au sujet du renvoi en marge, à la cinquième page, avait été faite par lui ou par Petitclerc, celui-ci donnait à entendre que la remarque a été faite à lui avant l'arrivée de Huot, et celui-ci disait que c'est après son arrivée que ceci a eu lieu : il constate le fait que madame Evanturel avait chargé Casault d'examiner le testament, et d'y faire ses observations. Casault n'a été examiné et entendu par les Demandeurs en faux que sur le fait de savoir si c'est lui qui a écrit la note en marge de la cinquième page. Il dit que oui, et, dans les transquestions, il dit qu'à la demande de madame Evanturel il l'a été voir deux fois, et lui a suggéré le changement apparaissant à la marge de la page cinq. Mais Casault, examiné comme témoin du Défendeur, dit qu'il était présent le 18 mai, 1861, chez Petitclerc lors de l'exécution du testament, s'y étant rendu en compagnie de Huot, que, dans cette occasion, madame Evanturel a répété toutes ses dispositions aux notaires, avant que lecture eût été faite du projet du testament : que lui Casault suivit sur le projet tout ce que madame Evanturel disait aux Notaires, et

que c'est à la demande de cette dame que les mots biffés et raturés l'ont été. Le reste de la preuve faite roule sur l'usage où sont les notaires de la province de procéder à l'exécution des testaments qu'ils reçoivent, soit en préparant d'avance et à tête reposée le projet de la minute du testament, et de se contenter ensuite d'en faire lecture au testateur, en présence du second notaire, après avoir fait répéter au testateur en présence du deuxième notaire ses dernières volontés, soit en adhérant du strictement à l'observance de la formalité de n'écrire et enregistrer les volontés du testateur que sur la dictée du testateur en présence du deuxième notaire. Cette preuve a été par moi permise *de bene esse*, et sauf toute abjection légale. J'ai considéré, de plus, que, dans une matière aussi importante, il ne serait pas inutile de consulter sinon l'autorité, du moins l'opinion exprimée en présence de ce tribunal et sous serment de notaires éminemment qualifiés à exprimer une opinion pouvant faciliter l'interprétation d'une loi qui quoique positive et claire à mes yeux, cependant n'est pas conçue en termes tellement explicites qu'il ne puisse raisonnablement y avoir deux interprétations sur ses exigences. Il existe évidemment deux écoles relativemennt à l'interprétation de cet article 289 de la coutume de Paris, qui exige que le testament solennel pour être valablement exécuté doit être dicté et nommé à deux notaires ou à un notaire et à deux témoins et lu deux fois. Une de ces écoles représentée par les Notaires qui exercent leur profession dans les grands centres, et là où ils transigent beaucoup d'affaires et exécutent d'importants testaments veut que l'objet de la loi soit rempli, si le testateur a exprimé et répété ses volontés en présence des deux notaires, et si lecture est faite de suite d'un testament qui aurait été entièrement préparé par un seul de ces notaires, sur notes qui lui auraient été dictées par le testateur seul à seul, et cette même école ne considère pas comme nécessaire que les notaires rédigent seulement sous la dictée du testateur les volontés du testateur. L'autre de ces écoles est représentée par les notaires qui la plupart résident et exercent leur profession à la campagne où on peut dire que les transactions ne sont pas aussi importantes que dans le cas précédent; elle exprime l'opinion que les mots dicté et nommé, exigent que rien ne se fasse à l'avance, que les notaires ne peuvent instrumenter et rédiger par écrit que sous la dictée du testateur, et qu'autrement on viole l'article 289 de la Coutume de Paris. Daprès l'exposé des faits ci-dessus, il est clair que l'inscription en faux contre le testament est fondée sur l'inobservance seul des formalités prescrites par la loi, et qu'il est inutile de s'occuper très sérieusement de quelques contradictions qui se rencontrent dans le témoignage de Petitclerc,

d'abord avec lui-même, et ensuite avec Casault et Huot, dont j'ai rapporté le témoignage sur les points saillants; car ces contradictions ne sont pas sur les matières essentielles, et ne regardent que des détails assez insignifiants, surtout si l'on considère qu'il s'était écoulé près de trois ans entre l'exécution du testament et l'époque où ces Messieurs ont rendu leur témoignage. En effet, que nous importe de savoir si Madame Evanturel est arrivée chez Petitclerc le 18 mai, 1861, avant ou après Huot et Casault, le fait principal, et le seul à constater, est si en réalité ils se sont tous quatre trouvés réunis. Le fait est hors de doute, les Demandeurs n'ont pas essayé de le controuver. Que nous importe le fait de savoir au juste, si la remarque qui fut faite à madame Evanturel de l'insertion d'une écriture étrangère du renvoi en marge de la cinquième page, lui a été faite par Petitclerc avant ou après l'arrivée de Huot ou de Casault, et si c'est un des notaires ou Casault qui l'a faite. S'il y eut eu complot entre ces trois messieurs, nul doute qu'ils auraient eu le soin de bien s'entendre sur le détail le plus léger, etc. Les contradictions de Petitclerc avec lui-même sont plus sérieuses, mais peuvent aussi facilement s'expliquer. Il est cependant regrettable que Petitclerc n'ait pas eu la précaution de conserver les notes qu'il a prises seul chez madame Evanturel, lors de son entrevue avec cet dame, mais ce manque de soin ne peut militer dans mon opinion contre sa crédibilité, car s'il eût été assez peu honnête pour se parjurer en disant qu'il avait pris ces notes en entier, tandis qu'il ne les avait pas prises, il ne lui en aurait pas plus coûté de venir nous en imposer avec des notes de nouvelle fabrication. Cependant Petitclerc dit que, dans sa première entrevue avec madame Evanturel, elle lui a dicté toutes ses volontés, qu'il en a pris notes, et que ces volontés de madame Evanturel étaient qu'elle donnait la jouissance et usufruit de tous ses biens meubles et immeubles au Défendeur, et la propriété aux enfants du Défendeur, à la charge par eux des rentes viagères dont j'ai parlées, comme payables aux filles et aux sœurs de la testatrice, et qu'elle nommait le Défendeur pour son exécuteur testamentaire. Petitclerc jure que c'est tout ce que la testatrice lui a alors dicté. On voit que, plus tard, dans ses réponses aux transquestions Petitclerc exprime que les autres clauses du testament lui ont été également dictées, et qu'il en a pris notes, même quant aux funéraillee de la testatrice, et quant à une partie de la clause de déshérence, et quant à la clause portant quittance en faveur du Défendeur de la gestion et administration que le Défendeur avait entièrement eues des biens de la testatrice. Petitclerc explique ces contradictions en disant qu'il n'avait pas relu le testament depuis plus de trois mois, qu'il ne se rappelait que des clauses importantes. Nous verrons

cependant plus tard les conséquences qu'on en peut tirer, mais. pour le moment, je considère ces détails comme peu importants, si je me reporte sur les notes de l'enquête et du témoignage de Petitclerc, Huot et Casault qui constatent qu'avant de procéder à la lecture du testament, Madame Evanturel a répété aux deux notaires, en présence de Casault, toutes ses volontés telles qu'elles étaient exprimées au projet du testament. Je dois donc de suite déclarer que la conversation qui a eu lieu entre Petitclerc et madame Evanturel, le 16 mai, 1861, ne peut être considérée que comme préparatoire à l'exécution du testament, que les notes que Petitclerc a prises ce jour-là ne peuvent constituer ni remplacer cette dictée que la loi exige, et que peu importe pour moi que ces notes aient été prisses ou non en cette occasion, car elles ne sont pas dictées aux deux notaires, mais à un seul, sans le contrôle et le respect que lui imposait la présence d'un confrère connaissant son devoir et disposé à l'observer en tout point. La question qui se présente à mon esprit comme étant la seule importante, et de la solution de laquelle, dans l'affirmative ou négative, dépend le point en litige, est celle-ci : La testatrice, en répétant pour ainsi dire mot à mot, et comme si elle les eût sçues par cœur, le 18 mai, 1861, en présence des deux notaires, Petitclerc et Huot, les dispositions de son testament, dont Petitclerc avait d'avance préparé la rédaction, comme on vient de voir, a-t-elle en cela fait un testament valable, de manière à autoriser les notaires instrumentaires à accepter cet acte comme légal, et à pouvoir dire que la testatrice avait dicté et nommé son testament ? Avant de discuter cette importante question, il convient de rapporter ici en peu de mots les points que le savant et habile avocat des Demandeurs a soulevé en plaidant cette cause. Il a prétendu : 1o. Que le testament n'a pas été dicté en présence du second notaire. 2o. Qu'il n'a pas été dicté ainsi que requis par la loi. 3o. Qu'il porte une fausse date. 4o. Qu'il renferme une écriture étrangère. I. Quant au premier point, si le savant avocat réfère à la date du 16 mai, et à l'époque de la conversation de Petitclerc avec madame Evanturel comme moment où le testament a été dicté, il n'y a pas de doute que, comme Huot n'était pas présent, le testament n'a pas été dicté en présence du second notaire et est nul : mais, s'il prétend référer à l'époque du 18 mai, et nier que la répétition que madame Evanturel a faite ce jour-là de ses volontés aux deux notaires soit à toute fin que de droit une stricte observance de la loi, nous discuterons ce moyen après avoir disposé du troisième et du quatrième point, et lorsque nous discuterons le second auquel ce moyen se rapporte en réalité. Je repète donc de suite que le testament n'a pas été dicté le 16 mai, 1861, au second notaire. Quant au troisième point, relatif à la fausseté de la

date du testament, je dirai que, si on regarde le 16 comme le jour auquel le testament a été exécuté, tandis qu'il est daté le 18 mai, encore en ce cas le testament porterait une fausse date, et qu'il serait nul ; mais nous verrons en discutant le deuxième point si l'on peut ou non dire que le testament considéré comme exécuté le 18 porte une fausse date. Quant au quatrième point relatif au fait que le testament renferme une écriture étrangère, il n'y a pas non plus de doute que le projet a contenu pendant une espace de temps une écriture étrangère, mais que cette écriture étrangère a été expliquée par la testatrice et a été à sa demande raturée et biffée, et remplacée par la substitution des mêmes mots de l'écriture du notaire principal instrumentaire. Ici se trouve la question de savoir si le fait qu'à une époque donnée de l'exécution du testament en question, l'existence de l'écriture d'une main étrangère en aucune partie du testament aurait pour effet la nullité du testament, prenant en considération que ces mots écrits d'une main étrangère ne forment pas partie du testament, et ne furent insérés qu'à la marge. (1) II. Grenier, donations, et autres font bien voir que le testament solennel reçu par notaires doit être entièrement écrit par l'un ou l'autre des notaires, à peine de nullité, mais ne vont pas jusqu'à dire que le testament dans lequel se rencontrerait en marge une note d'une main étrangère, et qui serait biffée et l'aurait été à la demande du testateur, serait nul. Les nullités sont de droit étroit et ne peuvent s'étendre d'un cas à l'autre. Si, dans ce testament, se trouvait une seule clause écrite d'une main étrangère, et laquelle clause on prétendrait faire valoir comme partie du testament, je n'hésiterais pas à déclarer ce testament comme nul, quand bien même la clause ne serait pas des plus importantes, mais dans le cas présent, je ne puis pour un instant croire qu'une clause inscrite en marge d'une main étrangère, mais de suite biffée à la demande de la testatrice et remplacée de suite dans les mêmes termes par les notaires instrumentaires, aurait pour effet de frapper de nullité un tel testament. Ce fait pourra peut-être militer plus tard lorsqu'il s'agira de la preuve des faits de suggestion, captation et de l'état mental de la testatrice ; mais comme moyen de faux, il n'a suivant moi aucune valeur quelconque. On voit à la page 187 du 4 vol. *Traité des Testaments* de Furgole, que, si des ratures sont faites d'une autre main, et si elles se trouvent dans la minute d'un acte public, il faut qu'elles soient approuvées par le testateur et par les témoins, autrement on n'y a pas d'égard, mais il ordonne l'exécution des dispositions effacées tout

(1) Pothier, Donations Testamentaires, ch. 1, art. 3, sec. 1, p. 301 : Pothier, Coutume d'Orléans, p. 484.

comme si elles étaient dans leur état naturel. Revenons maintenant au point principal de la clause, le seul en effet qui mérite une très sérieuse attention. Je dois dire ici que le testament est un acte de la plus haute importance, que les formalités prescrites par la loi relativement à la passation de ces actes qui ne doivent recevoir leur exécution que lorsque le testateur aura cessé de vivre, et ne sera plus en position de constater le faux de l'acte et de se plaindre de l'inconduite de notaires malhonnêtes, doivent être observées avec toute la rigueur possible, et qu'il ne s'en faut pas écarter légèrement. On voit même dans les autorités à ce sujet que les formalités réglant les actes de dernière volonté sont tellement de rigueur que les testateurs ne s'en peuvent dispenser, la loi considérant ces formalités de droit public, plutôt que de droit privé, autrefois, chez les Romains, on ne pouvait tester, que publiquement et en présence des comices. On voit, de plus, que ces formalités ont été prescrites dans le but louable de fermer la porte à toute fraude, à la possibilité de suggestion et de captation, de la part d'individus cupides et malhonnêtes. au détriment de l'héritier du sang et du représentant légal. Mais, cependant, la loi, en prescrivant ces formalités, ne les a pas imposées pour empêcher de tester, mais pour empêcher que le testateur ne fût la victime de la fraude, et elle a voulu au sujet de l'interprétation de ces formalités laisser une certaine latitude, une certaine discrétion aux tribunaux et à la prudence des Juges. Aussi, voit-on une diversité d'opinion de la part des commentateurs sur l'effet de l'inobservance de certaines formalités, tant de l'article 972 du Code Napoléon, que de l'ordonnance de 1735, et de l'article 289 de la Coutume de Paris, qui seul est notre guide en cette matière. Je dois cependant mettre en regard les textes mêmes de ces trois lois, afin de faire voir leur rapprochement et leur variante. L'article 289 de la Coutume de Paris exige qu'un testament authentique soit passé pardevant deux notaires, ou un notaire et deux témoins, et qu'il ait été dicté et nommé aux dits notaires, ou aux dits notaires et témoins, et lu, et relu, au testateur en présence des notaires, ou des notaires et de deux témoins. L'ordonnance de 1735 exige que le testament soit reçu par deux notaires ou tabellions, ou par un notaire ou un tabellion en présence de deux témoins, lequel notaire ou tabellion, ou l'un d'eux, écriront les dernières volontés du testateur, telles qu'il les dictera, et lui en feront ensuite lecture, de laquelle il sera fait mention expresse, sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes , dictés, nommés et relus sans suggestion, ou autres requis par les coutumes ou statuts et ensuite signé, etc. L'article 972 du Code Napoléon énonce que le testament doit être reçu par deux notaires et il doit être écrit

par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté par le testateur, ou, s'il est reçu par un seul notaire, il est dicté au notaire et écrit par ce notaire et lu en l'un et l'autre cas en présence des témoins, dont deux pour le cas où le testament est passé devant deux notaires, et quatre pour le cas où il est passé devant un seul notaire. Si l'on lit attentivement ces trois versions ou textes de loi, on voit qu'ils s'accordent tous sur un point, savoir, que le testateur doit dicter ses volontés, avec cette différence que dans l'ordonnance de 1735 et dans le Code Napoléon, on voit que le notaire doit écrire ses volontés telles que dictées, au lieu que dans notre loi le texte parle seulement que le testateur dicte et nomme ses volontés au notaire. D'après l'article 972 du code civil français, tous les commentateurs s'accordent sur un point savoir, sur l'interprétation à donner et la conséquence à tirer de ces mots, savoir que les notaires doivent écrire les volontés telles que le testateur les dictera, conséquemment ils proscrivent comme absurde l'idée qu'on puisse tester par signes ou sur l'interrogation d'un tiers, ils énoncent que le testateur doit prononcer mot à mot ce qu'il destine à être écrit par les notaires, que ces derniers peuvent faire usage de pensées identiques quoique les mots puissent être changés, et ils concluent que pour s'assurer que les notaires ont bien écrit ce qui leur a été dicté, lecture doit être donnée au testateur en présence des témoins. Entre autres autorités à ce sujet, je puis citer le No. 1528 du troisième Troplong, des Donations et Testaments, où il s'exprime comme suit : " Le notaire doit écrire les dispositions testamentaires à " mesure que le testateur les dicte ; et comme la dictée ne peut " avoir lieu qu'en présence des témoins, il suit que l'écriture " doit également avoir les témoins pour spectateurs." Et, au No. 1537, il dit : " Parlons d'abord de la dictée : Il est indis- " pensable que le notaire constate que c'est le testateur qui a " dicté lui-même les dispositions testamentaires. Dicter sui- " vant l'académie française, veut dire : prononcer mot à mot " ce qu'un autre écrit en même temps. Voilà l'idée : le mot " dicter n'est pas sacramentel ; toute tournure qui exprimera " cette idée *adequate et identicè* remplira le vœu de la loi. " Les termes dicter à quelqu'un se prennent dans deux accep- " tions différentes. Ils signifient tantôt prononcer mot à mot " devant quelqu'un ce qu'il écrit personnellement lui-même, " et tantôt prononcer devant quelqu'un ce qui est écrit par " un autre." Je dois aussi citer ici la note de M. Bayle, Mouillard, en bas du No. 230 du *Traité des Donations Testamentaires* de M. Grenier, vol. 2, pp. 243, 244, il dit : " Dicter dans " le sens usuel, c'est prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit " en même temps. Appliqué à la législation cette définition " est bonne, et la Cour de cassation l'a reproduite dans un

" arrêt du 12 mars 1838, avec une légère variante due à M. " Merlin; en droit, a-t-il dit, dans l'acception commune et " incontestable, le mot dicter signifie prononcer mot à mot ce " que l'on destine à être écrit par un autre. Elle l'a repétée " dans un arrêt du 20 janvier 1840." Nul doute, donc, que, suivant le code Napoléon, l'écriture doit suivre la dictée, mais l'on admet, suivant l'autorité que l'on vient de citer, que le testateur peut dicter ses volontés en lisant sur des notes qu'il aurait préparées d'avance, car, dans ce cas, il dicte lui-même, il exprime sa pensée et demande qu'on la confie au papier : et Grenier cite un arrêt de la grande chambre qui le jugea ainsi en 1657, quoique le projet eût été écrit par le fils du légataire. Cette autorité va plus loin, elle établit une décision de la Cour de cassation, en 1837, de laquelle il résulterait que cette cour a maintenu un testament dont le projet avait d'avance été fait par un notaire et qui l'avait soumis au testateur qui l'avait examiné et s'était par là assuré que le notaire avait bien saisi et rendu sa pensée. Ce testateur, ensuite, en présence de l'autre témoin, avait de nouveau dicté ses volontés de ce même projet écrit et préparé d'avance ; mais une autre autorité constate que la Cour de cassation a déclaré que le testateur ne dicte pas légalement ses volontés en remettant purement et simplement au notaire un projet de testament préparé à l'avance, quoique le testateur l'eût approuvé et qu'il lui eût été lu, parce qu'une semblable remise de testament peut n'être qu'automatique et faite sans connaissance de cause : maintenant, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, dont le texte est si clair, si positif quant à la nécessité de la présence des notaires et des témoins lors de la dictée par le testateur, il n'y a pour ainsi dire, qu'une opinion sur l'interprétation à donner aux termes, " que les notaires écrivent les volontés " telles que le testateur les dictera," et aussi que le testateur doit dicter mot à mot, et que l'écriture doit suivre cette dictée de manière que, s'il n'y a pas de dictée, il n'y a pas de testament légal. Qu'en conséquence un testament préparé à l'avance, mais qui ne serait pas de nouveau dicté au notaire en présence de son confrère, quoique approuvé par le testateur, et à lui lu suivant cette ordonnance ne serait pas valable en loi. Car, comme on l'a vu, il doit y avoir dictée et écriture ; l'écriture ne peut-être que la suite de la dictée, sans cela le mot dictée perdrait sa signification, et l'ordonnance n'aurait eu aucune raison, aucun motif déterminant de l'employer. Remarquons de plus que l'article 47 de cette ordonnance exige à peine de nullité l'observance de ces formalités prescrites par l'article 23. En référant au commentaire de M. Lacombe sur l'ordonnance de 1735, article 23, page 134, on voit, ces mots remarquables : " c'est au testateur à prononcer ses dispositions

" et au notaire à les écrire lui-même telles qu'il les dictera. Il " n'est cependant pas défendu au notaire après avoir entendu le " testateur sur chaque disposition, d'en rédiger la diction dans " un ordre et un sens français et intelligible, même de repré- " senter au testateur les contradictions qui peuvent se rencon- " trer dans les termes dont il sert pour expliquer ses disposi- " tions." Au premier Furgole, page 62, on trouve les mots suivants : " L'article 23 exige plusieurs formalités ou conditions, " afin que les testaments soient valables. La première que les " notaires ou tabellions, où l'un d'eux écrivent de leurs mains " les dernières volontés du testateur à mesure qu'il les dic- " tera." Il faut dictée, suivie d'écriture, et cela à peine de nullité. Sallé, commentaire de l'article 23 de l'ordonnance de 1735, page 150, combat, en termes très-forts, l'opinion qu'avaient entretenue certains auteurs, qu'un testament écrit d'une main étrangère, hors " la présence des notaires, mais " reconnu pardevant eux par le testateur était valable, et " il dit que la pluspart des auteurs rejettent ce sentiment " comme directement contraire à l'esprit de presque toutes les " coutumes. Enfin, dit-il, il ne faut pas perdre de vue ces mots " remarquables de l'ordonnance, *tel qu'il les dictera*, ce qui " exclut toute interprétation de changement de la part du " notaire qui est absolument astreint à écrire les choses telles " qu'on les lui dicte." On voit que c'est pousser la sévérité à ses dernières limites, puisque cet auteur semble refuser aux notaire le droit d'exprimer en langage légal et convenable les volontés du testateur. La même doctrine se retrouve dans la Coutume d'Orléans, Pothier, p. 484, et à l'Ancien Denisart, vbo. *Testament* No. 83, et dans Serres, *Institution au droit Français*, p. 213, et en d'autres ouvrages qu'il serait inutile de citer. Je dois dire ici que la seule autorité en sens contraire, et donnant à l'article 23 de l'ordonnance de 1735 une interprétation différence, est Lacombe, en son recueil de jurisprudence, vbo. *Testament*, sec. 3, No. 12, où il dit : " Le testa- " ment public est néanmoins valable quoique le testateur n'ait " pas déclaré sa volonté aux témoins, ni par lui, ni par autre, " pourvu qu'ayant fait écrire sa volonté, il la fasse lire en pré- " sence de tous les témoins, et que lecture faite, il déclare que " c'est sa volonté, comme il est dit au testament de l'aveugle, " car il serait injuste d'obliger un testateur à dire de mot à " mot toute sa volonté, cependant " dit-il, " voyez la dite or- " donnance de 1735, art. 5, 23 et 48." Cette opinion est si singulièrement en opposition aux termes mêmes de l'ordonnance qu'il suffit presque de la citer et de la mettre en regard avec le texte de cette ordonnance pour dire qu'il doit y avoir erreur chez cet écrivain. D'ailleurs il est seul de son opinion dans cette interprétation, et j'avoue que son isolement est peu

enviable. Maintenant comment doit-on interpréter les mots *dicté et nommé aux notaires*, qui se trouvent en l'article 289 de la *Coutume de Paris*. La seule variante entre cet article et les textes de l'ordonnance de 1735 et de l'article 972 du code civil Français, consiste en ce que ces deux derniers contiennent en outre des mots écrits, ceux *tels que le testateur les dictera*, ou *tel qu'il est dicté*. Y a-t-il en ces mots quelque chose de plus fort, de plus énergique, que nous ne trouvons dans les simples mots *dicté et nommé*. C'est là ce qu'il faut examiner d'abord, et, en second lieu, nous verrons si, dans le fait que Madame Evanturel a répété ses volontés avant qu'on lui eût lu le projet de son testament, elle peut être par là considérée avoir dicté et nommé son testament. Suivant toutes les définitions du mot *dicter* que l'on trouve dans les plus anciens dictionnaires de langage ou de législation, ce mot veut dire faire écrire à quelqu'un sous soi quelque chose, en le prononçant à haute voix et mot à mot. Ce mot n'a proprement pas de synonymes, et comme on le voit, il faut une périphrase pour en rendre le sens. Les mots écrits *tel que le testateur le dictera*, et *tel que dicté*, suivant moi n'ajoutent rien à l'idée, ni aux obligations des notaires dans un cas comme dans l'autre, car la loi que l'on doit toujours supposer faite par un législateur instruit, connaissant à fond la force et la portée des termes dans lesquels il énonce cette loi, est conçue, au moins quant à l'article 289 de la Coutume de Paris, en des termes qui veulent dire que les notaires écriront ce qui leur sera dicté mot à mot et à haute voix par le testateur. N'est-ce pas virtuellement ce que le Code Français et l'ordonnance de 1735 prescrivaient, et de fait on n'a pas, suivant moi, enchéri sur l'article 289 de l'ancienne coutume. En rédigeant l'ordonnance de 1735 et l'article 972 du Code Napoléon, on a, dans ces derniers cas, employé une périphrase au lieu de l'expression si simple et si énergique de l'article 289 de la Coutume de Paris. S'il y a parité d'expression dans la loi, il devrait y avoir parité d'interprétation et parité de décisions dans les tribunaux. Mais, dit on, en admettant que le testament n'a pas été dicté le 16 mai, puisqu'un seul notaire s'y trouvait, et que la loi exige que sa dictée se fasse aux deux, et puisque le notaire auquel il a été dicté ne l'a pas alors rédigé par écrit, est-ce que le but de la loi n'a pas été rempli par le fait que madame Evanturel s'est de nouveau rencontré avec les deux notaires le 18 mai, et qu'elle leur a deux fois répété ses dernières volontés comme si elle les eût sçues par cœur, et que les notaires lui ont alors produit et lu de suite le projet de son testament préparé d'avance comme on a déjà vu ? Si dans une matière aussi importante que celle du testament, intéressant non-seulement des familles qui peuvent être d'un seul trait de plume déshéritées pour en-

richir des étrangers, mais la société entière, si, dis-je, l'équipollence était admise, c'est-à-dire, si l'on pouvait à une formalité prescrite par la loi en substituer une autre qui en réalité pourrait, en certains cas, convaincre le Juge que la volonté du testateur a été aussi bien constatée qu'en observant celle dictée par la loi, il y a peu de doute que, dans le cas présent, le testament argué de faux en cette cause présenterait à mon esprit une idée très forte de l'expression vraie et complète des volontés de madame Evanturel; le caractère des notaires et du savant avocat qui, en cette occasion, a assisté à la rédaction du testament en sont les garants; mais où nous arrêterons-nous, une fois lancé dans la voie si large et si dangereuse des équipollences, si on admet un cas, il faudra par analogie admettre l'autre; l'équité, la prévention joueront un rôle des plus étranges et des plus diversifiés; la jurisprudence dont le plus beau caractère est l'uniformité deviendrait versatile, inconstante: elle serait la risée de la profession et du public. L'on comprend donc que, dans un testament, tout est de rigueur quant aux formes, et qu'il ne suffit pas que le testament soit libre, mais qu'il faut encore l'observance des formes prescrites par la loi. Ainsi donc, pour venir à cette occasion du 18 mai, y a-t-il eu dictée aux notaires? Non, je dois dire malgré moi; pour qu'il y eût véritable dictée, il faudrait qu'il y eût immédiatement à la suite de la dictée une écriture faite pour constater l'expression de la volonté; au lieu de cela, on produit de suite un testament écrit à l'avance qu'on lit à la testatrice. Il y a erreur grave en cette conduite, et l'objet de la loi paraît n'être pas atteint. Cet objet est principalement pour obvier à tout danger de suggestion et de captation, et de substitution de volonté; car, comme on le voit dans plusieurs décisions dont je ferai mention dans un instant, un testateur peut bien d'avance faire préparer son testament pour le soumettre à son aviseur légal, pour pouvoir en saisir l'ensemble et les détails les plus minces, mais, quand il devra l'exécuter, il lui faudra dicter lui-même aux notaires les mêmes dispositions telles qu'elle se trouvent en son projet, ou en y faisant les changements qu'il voudra, et, là-dessus, sur cette dictée, les notaires devront écrire de nouveau, et les mêmes décisions vont à dire qu'un projet de testament apporté tout fait, et même délivré par le testateur aux notaires, et par eux lu au testateur était nul, car il n'y avait pas cette très importante formalité, celle de la dictée qui consiste à prononcer aux notaires qui doivent de suite écrire les volontés. En face de ces décisions, la loi dont je dois être l'interprète et encore plus l'esclave, ne me laisse aucune discrétion; je dois dire, *dura lex, sed ita lex*, comme on le voit en la citation tirée de Grenier, vol. 2, p. 347. C'est avec juste raison

que la législature n'a pas voulu se contenter d'une semblable remise qui peut être automatique et faite sans connaissance de cause: au contraire, quand il y a dictée, tout est parfaitement connu. A la page 361 du 2 volume du même auteur, on trouve ce qui suit: " Dicté et écrit; par conséquent, l'écriture " doit accompagner la dictée: la simultanéité est nécessaire, " car si l'écriture n'était pas faite sous la dictée, il n'y aurait " plus les mêmes garanties d'exactitude, et l'un des buts que la " législature s'est proposé ne serait pas atteint. Donc, continue- " t-il, après la dictée, le notaire et les témoins ne peuvent se " retirer pour procéder à l'écriture dans une pièce d'où il serait " impossible d'entendre le malade. Ils ne le pourraient pas à " peine de nullité, et cela lors même que tout le testament " serait réduit à quelques mots contenant une seule disposition. " La cour de cassation, section des requêtes, l'a ainsi jugé le 20 janvier 1840." Au 9e vol. de Duranton, n° 71, p. 104, cet auteur rapporte comme opinion de Ricard: " Que la mention " de la dictée, si le testament porte simplement que le testateur " a proféré le testament de sa propre bouche. et que le notaire " l'a rédigé par écrit; car ces expressions ne présentent pas " complétement l'idée renfermee dans le mot *dicté;* elles n'in- " diquent pas que le notaire a écrit les dispositions au fur et à " mesure que le testateur les lui a fait connaître; or, dicter " emporte l'idée commune d'une personne qui parle à une autre, " laquelle écrit successivement ce qui lui est dit; c'est aussi " dans ce sens que ce mot est pris par la loi, dans la vue d'éviter " les méprises, les erreurs et les fraudes. Mais la Cour de Paris " a maintenu, avec raison, un testament dans lequel la mention " de la dictée était rendue par ces seules expressions. Le pré- " sent testament a été *prononcé* par le testateur, et écrit par " le notaire, à mesure que le disposant prononçait." Ce pro- " noncé successif n'était en effet rien autre chose qu'une véri- " table dictée." Mais je citerai avec confiance. sinon avec orgueil le projet de notre code canadien, liv. 3, tit. *Des donations testamentaires*, art. n° 95. Je sais que ce code n'a pas encore été prononcé par la législature être l'expression de la loi actuellement en force, et que, plus tard seulement, il aura force de loi, ou sera répudié par la législature, mais toujours y trouve-t-on réunis dans cet article, n° 95, l'expression de trois jurisconsultes éminents et spécialement chargés de faire rapport de la loi actuellement en force. Or que nous disent les codificateurs. Suivant eux " le testament sous forme authentique doit être " dicté et nommé par le testateur aux notaires ou au notaire " et aux témoins, et être écrit conformément en leur présence. " Il doit être lu deux fois au testateur et par lui signé en pré- " sence des mêmes. Il doit y être fait mention de l'accomplisse- " ment de ces formalités, sans qu'aucune formule à cet effet

"soit de rigueur." Il faut donc que le testament soit dicté par le testateur aux notaires et être écrit conformément en leur présence, et lu deux fois au testateur, etc., mais que suggèrent ces mêmes codificateurs comme amendement à la loi en force ; ils suggèrent, dans certains cas, de se débarrasser de la rigide et stricte formalité de dicter le testament, et d'y substituer dans ces cas l'article No. 95 B. et 95 C. conçus en ces termes. "Cependant il n'est pas nécessaire que le testament soit dicté "et nommé par le testateur ni écrit en sa présence, si lors de "la solennité de sa confection, le testateur déclare que l'acte "préparé par le notaire et dont il vient de lui être fait lecture "a été ainsi préparé à sa réquisition, sur des instructions écrites "ou verbales, donné par lui-même au notaire, et que cet acte "y est conforme et contient son testament. Il est fait mention "de sa déclaration dans l'acte même. Si le testateur lors de la "confection du testament au lieu d'en dicter et nommer les "dispositions, remet au même effet des instructions écrites, il "en est fait lecture, et si le testateur s'en déclare satisfait, il "est procédé à écrire le testament d'après ces instructions "comme s'il avait été dicté et nommé de vive voix. Il est égale-"ment fait mention du mode ainsi a opté par le testateur de "déclarer ses dernières volontés." (1) Nous voyons dans ce projet l'amendement à la loi existante suggéré par les codificateurs, la preuve convaincante qu'aujourd'hui un testament fait sans de telles formes serait bien et dûment nul et inefficace. Maintenant, madame Evanturel n'a pas fait autre chose que ce qui est suggéré par les amendements proposés, et, de fait, il n'y a pas en son cas dictée de son testament, elle n'a fait qu'approuver un projet, or nous voyons que tel n'est pas le vœu de la loi. Tous les auteurs s'accordent à dire que l'absence des formalités d'un testament emporte la nullité de l'acte. Il est inutile de s'étendre au long à ce sujet, on peut reférer au 5 Toullier, No. 425, 9 Duranton, No. 214, Furgole, p. 158. Mais, dit-on, l'usage prouvé par certains des notaires entendus de la part du Défendeur ne peut-il pas affecter la cause, et ne peut-on pas dire que l'usage fait loi. Non, dirons-nous ; d'abord, l'usage, pour déduire la loi, doit être universel et non local, et n'être pas révoqué en doute, or, dans cette cause, comme je l'ai dit, deux camps différents ou plutôt deux écoles nous apprennent qu'elles se disputent l'honneur de la légalité et, en cela, elles nous confirment dans l'opinion que l'usage n'est pas universel, et qu'au contraire il est local et très restreint, et, en second lieu, il y a un doute fort raisonnable sur l'existence de cet usage ; mais encore un usage tel que celui-là ne saurait être autre chose qu'abusif, parce que, suivant nous, il existe

(1) V. art. 843 et s., C. C.

une loi expresse, et que, d'ailleurs, il n'a pas d'existence depuis un temps raisonnable. Mais, encore, dira-t-on, la loi de 1801 a étendu nos facilités de tester ; elle a pour ainsi dire fait disparaître toutes les réserves, les restrictions de l'ancien droit, puisqu'aujourd'hui un testateur peut tester en faveur même d'un étranger au détriment de ce qu'il doit avoir de plus cher au monde, de ses enfants, et on en conclut, que les formalités sont devenues moins rigoureusement nécessaires. Au contraire, disons-nous, plus il est facile de commettre une injustice, plus les précautions à prendre pour l'éviter et s'en sauvegarder, doivent être grandes, or on ne niera pas que les formalités de la loi sont établies quant à la confection des testaments pour parer à toute possibilité de fraude. Si donc un étranger peut être héritier ou légataire, nul doute que le chiffre des fraudes possible est augmenté, et, suivant moi, c'est une raison de plus d'adhérer strictement aux formes prescrites par la loi comme sauvegarde de la fortune des particuliers et de la société entière. En résumé, je dirai donc : 1° Que, le 16 mai 1861, il n'y a pas eu de dictée du testament de madame Evanturel aux notaires, puisqu'un seul notaire était présent et que le seul qui y fut présent n'a pas alors écrit le testament sous la dictée de la testatrice. 2° Que, le 18 mai 1861, il n'y a pas eu de dictée de ce testament, puisque, quoique les deux notaires y fusent présents, et que la testatrice eût répété alors ses volontés, le ou les notaires n'ont pas écrit sous cette dictée, mais se sont contentés de rapporter, comme testament de madame Evanturel, un projet préparé à l'avance, et qu'il eût été nécessaire, dans ce cas, que le testament eût été derechef dicté aux notaires, qui alors l'auraient copié au fur et à mesure que la testatrice l'aurait dicté, et en aurait fait lecture du projet en question. L'enquête en cette cause tant sur l'inscription en faux que sur le reste de la cause a été close, malgré que les Demandeurs n'eussent voulu obtempérer à l'interlocutoire de cette cour, en date du 13 avril 1864, qui ordonnait que l'enquête fût prise d'abord sur l'inscription en faux, et ensuite sur les autres moyens de la cause, et que l'argument ou plaidoirie aurait lieu simultanément. Je crois que si les Demandeurs eussent procédé à la preuve des faits de suggestion, captation et de la faiblesse d'esprit de la testatrice, la cour eût été en position de tirer de cette enquête des enseignements importants et propres sous tous les rapports à jeter de la lumière sur la grande et importante question qui nous occupe seule. Mais les Demandeurs comme juges de leur cause et de ses moyens, ont cru devoir ne pas procéder, et se laisser forclore à ce sujet. Je me trouve en conséquence obligé, quoique tout en déclarant faux ce testament du 18 mai 1861, de dire que les Demandeurs ont failli de prouver les autres allégations de leurs réponses

spéciales relatives à la suggestion, à la captation et à la faiblesse de l'esprit de la testatrice, et de renvoyer cette partie, avec dépens contre eux. Mon présent jugement, je le sais, peut, pour un temps, porter l'alarme dans l'esprit de beaucoup de personnes. Mais mon ministère est d'appliquer la loi au meilleur de ma connaissance, avec fidélité, et, si je me suis trompé, j'avoue que je me trompe en bonne et excellente compagnie. Ce qui me rassure sur les conséquences de mon jugement, c'est que s'il est erroné, trois tribunaux différents auquel il peut être soumis peuvent le réviser, le réformer, l'anéantir. Si même la législature était d'opinion que le jugement de ces différents tribunaux, dans le cas où ils appuyeraient mon jugement, ne rencontrait pas les exigences d'une société avancée, et dont le but est la prompte dépêche des affaires, la législature, dis-je, peut, par un seul acte de sa volonté, remettre tout dans l'ordre, et dire que la loi tel qu'interprêtée par les juges du pays devrait recevoir une autre interprétation, ou être modifiée. Mon jugement est que l'inscription en faux contre le testament doit être maintenue, et renvoyant, avec dépens contre les Demandeurs, cette partie de leurs réponses spéciales dans laquelle ils plaidaient les faits de suggestion, captation et de faiblesse d'esprit de la testatrice.

" Considering that the Plaintiffs have failed to prove the allegations of their special answers to the peremptory and perpetual exception in law of the Defendant (*exception péremptoire en droit perpétuelle*) being allegations as to suggestion and captation, of which the Defendant is accused by the Plaintiffs, and as to the mental condition of the late Mme Evanturel, their Mother, at the moment of the execution of the will filed in this cause as being that of Mme Evanturel made and executed on the 18th of May 1861, before M. Petitclerc and his colleague, notaries public at Quebec, the Court dismisses with costs against the Plaintiffs those parts of their special answers to the exception of the Defendant, by which they plead the facts of suggestion and captation, and of weakness of mind on the part of Mme Evanturel. Considering that it is established by the proof given in this cause on the objection to validity (*inscription en faux*) made and filed by the Plaintiffs *en faux* against the will of Mme Evanturel, that such will was not dictated and expressed (*dicté et nommé*) by Madame Evanturel to the aforesaid Notaries according to the law. Considering that the fact of having in advance, and upon notes given to a single notary, and taken by him in the absence of his brother notary, prepared during the next day the will of Mme Evanturel out of her presence, and having submitted it to her all prepared on a following day, in the presence of the second Notary, in whose presence the will

was read, and read again even after the Testatrix had repeated her dispositions to the Notaries, is not equivalent to the formality required by the law of dictating and expressing the will, and does not meet the exigencies of the law. Considering that in the execution of a solemn notarial will the formalities prescribed by the law ought to be strictly observed under the penalty of nullity, and that equivalents ought not to be admitted in their execution, in order to avoid mistakes, errors, and frauds; the Court maintains the objection to validity (*inscription en faux*) made by the Plaintiffs *en faux* against the will as being illegally executed, that is to say: as not having been dictated and expressed by her to the Notaries Public who drew the will with costs against the Defendant *en faux*, and declares such will null for all legal purposes."

Against this decision, in so far as it declared the will invalid, the Respondent appealed to the Court of Queen's Bench of Lower Canada. The Appellants also appealed to the Court of Queen's Bench against that part of it which amounted to a decision against them on the merits, namely, on the questions raised by the action, other than that as to th validity of the will. The appeal was heard by the Court of Queen's Bench, consisting of the Chief-Justice DUVAL, and the Justices AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND, and MONDELET, and on the 20th of June 1865, the Court delivered judgment on the appeal of the present Respondent. This judgment reversed the decision of the Court below pronounced against the validity of the will, and ordered the present Appellants to pay the costs in both Courts. The Judges were divided in opinion. The Chief-Justice DUVAL, and the Justices AYLWIN and MEREDITH were in favour of the appeal, those judges proceeding on the evidence of the notaries as to usage; but the Justices DRUMMOND and MONDELET dissented from the judgment of the majority of the court.

Here follow the remarks of the judges and the judgment of the Court of Appeals:

MONDELET, juge: Il s'agit d'une inscription en faux, résultant de ce que le testament de madame Evanturel, n'a pas été dicté suivant qu'il y est dit. Ce testament avait été préparé d'avance. Lorsqu'il fut question de le confectionner et parfaire, on fit répéter ou dire par *cœur*, par madame Evanturel la testatrice, ce qui est prouvé par les témoins être, à l'exception d'une seule clause en marge, le contenu de ce qui avait été préparé d'avance, par le notaire qu'avait consulté la testatrice. Elle avait aussi consulté M. Casault, son avocat. Dans la chambre où on recevait le testament, le notaire, au lieu d'écrire ce que disait ou répétait la testatrice, fit servir comme minute, le projet écrit et préparé d'avance, et y déclara qu'il avait été dicté et nommé par la testatrice. Le projet fut lu à

la testatrice et les notaires signèrent. Y a-t-il là un faux ? Je suis d'avis que, tout aussi longtemps que l'article 289 de la Coutume de Paris n'aura pas été abrogé, il doit, en dépit de l'usage abusif de certains notaires, au contraire, être *strictement* suivi ; et s'il a quelque portée, cet article, c'est de rendre impérieuse la formalité de dicter et nommer, c'est-à-dire que le testateur doit exprimer ses volontés, en présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins, *tous* devant avoir connaissance de *tout* ce qui se passe, et voir de leurs propres yeux, le mécanisme de l'écriture, au fur et à mesure. Dicter, dit Demolombe, t. 21, No 250, c'est prononcer mot à mot, ce qu'un autre écrit *en même temps*. Cette acception usuelle est aussi l'acception *juridique*. Il faut, disait Furgole (ch. 2, s. 3, No 8), que les dispositions dictées par le testateur soient couchées *tout de suite*. Est-il besoin d'ajouter que l'écriture, par le notaire, doit avoir lieu *en présence* du testateur aussi bien que des témoins ? Eh ! sans doute, puisque le notaire doit écrire sous la dictée du testateur. (1) La dictée doit se faire à intelligible voix, non-seulement en présence des notaires, ou du notaire, mais encore des témoins. C'est ce qui résulte de l'article précédent qui veut que le testament *soit reçu* en présence des témoins. Or, nous avons dit que le mot " reçu " comprend la dictée et l'écriture. Si les témoins n'étaient pas présents à toute la série des opérations dont se compose le testament, il y aurait évidemment nullité. La dictée n'exige pas que le notaire reproduise identiquement et matériellement les paroles du testateur, il suffit que la pensée en soit fidèlement retracée par le notaire. Ceci est maintenant constant en jurisprudence. (2) Mais, dit-on, qu'importe que le notaire écrive de nouveau, ce que lui a communiqué la testatrice comme étant l'expression de ses dernières volontés et qu'il a rédigé à tête reposée, dans son cabinet, et que répète mot à mot la testatrice, en présence de deux notaires, et qu'il écrive là, à l'instant, ce qui ne serait que recopier et répéter ce qu'il avait déjà écrit ? La réponse je la trouve beaucoup mieux faite et exprimée par Demolombe, que je ne le pourrais faire moi-même. " Ces solennités testamentaires doivent être comme nous l'avons déjà dit (No 270 et suiv.) observées scrupuleusement, et elles ne sauraient admettre d'équipollence. " Il n'y a pas d'équipollence possible dans l'accomplissement d'une *solennité* légale ; c'est pour ainsi dire oui ou non : il faut qu'elle soit violée ou qu'elle soit accomplie. (3) L'on a prétendu que l'acte de 1774

(1) Demolombe 21, p. 274, No 265.

(2) Troplong, Donations et Testaments, tome 3, Nos 1522 et 1523.

(3) Demolombe, Donations et Testaments, tome 21, No 270, et seq., p. 284, et No 352, p. 350.

et le statut provincial de 1801 ont fait disparaître l'obligation de se conformer à l'article 289 de la Coutume de Paris; qu'on est libre de tester suivant la forme française ou la forme anglaise, et que, si le testament ne vaut pas suivant la première, il est valide suivant la seconde. A cette prétention de l'Appelant, l'on doit, suivant moi, répondre que l'acte Impérial de 1774 et le Statut Provincial de 1801, ne font rien à la question. L'on peut, en vertu de ces lois, disposer de ses biens, d'après les formes anglaises, et voilà tout. Mais, lorsqu'on a choisi la forme française, ce qui veut dire, que l'on a fait un testament sous l'empire de l'article 289 de la Coutume de Paris, il n'est pas permis de lui adjoindre, ou mêler avec cette forme une autre forme, ou d'autres formes et, encore moins, de refaire les défauts de l'une par ceux de l'autre. Ajoutons que chacune de ces formes de testaments, est indépendante des autres, et se suffit à elle-même, *sans qu'il soit* permis de les *mêler*, ni de les confondre, *sous prétexte de les compléter les unes par les autres*. J'ajouterai que la raison qui a toujours fait que l'on entoure les dispositions à cause de mort, de formalités rigoureuses, afin de prévenir les fraudes, les captations et les obsessions, existe encore, et doit prévaloir plus que jamais maintenant, et en raison directe des facilités que l'on a, aujourd'hui, de tester suivant les formes anglaises, facilités qui, par un acte récent de notre législature (1864 ch. 42,) sont plus grandes qu'elles ne l'étaient auparavant, puisque deux témoins suffisent. Mais, si ce testament fait, reçu devant deux notaires, n'est pas regardé comme reçu d'après l'article 289 de la *Coutume de Paris*, et qu'on le veuille fait d'après la forme anglaise, où sont les deux témoins? Où est la preuve de la signature de la testatrice? Les notaires? Mais ces notaires, s'ils agissent comme témoins d'après les formes anglaises, n'agissent pas comme notaires, comme officiers publics, imprimant l'authenticité au testament d'après nos lois françaises. Si ils ne sont plus là comme notaires, mais comme témoins, où est la preuve de leurs signatures? En un mot, où serait, dans une pareille hypothèse, la preuve du testament? Au reste, ce testament n'est pas invoqué comme un testament fait d'après les formes anglaises, mais bien d'après les lois françaises. (1) La cour pourrait-elle déclarer que ce testament a été reçu, fait et signé par la testatrice, en présence de deux témoins, et donner ainsi le démenti aux allégations de l'Appelant qui le déclare fait par le ministère de deux notaires? Evidemment non! L'assertion de la cour à cet égard, constaterait ce qui n'est pas, ou, pour parler plus exactement, le testament lui-même constaterait que le motivé, l'assertion de

(1) V. art. 855, C. C.

la cour, serait contraire au fait. Allons plus loin, supposons que la cour le pût faire, alors tout croule, en l'absence de la preuve de la signature de ces témoins. En deux mots : s'ils sont notaires, le testament est soumis aux lois françaises et il est faux. Si ces deux individus sont de simples témoins, non seulement la fausseté du testament où il est déclaré qu'il est reçu devant deux notaires, saute aux yeux, mais ces témoins prétendus ne peuvent être reconnus par la cour, attendu qu'il n'y a aucune preuve de leurs signatures, qu'ils ne prouvent qu'autant qu'ils agissent comme notaires. L'on a cité une décision de la Cour d'Appel, à l'appui de la prétention de l'Appelant dans la cause de Lambert et Gauvreau. Il me sera permis de dire, avec tout le respect possible, que cette décision solitaire n'établit pas une jurisprudence ; et j'ajouterai que, si, comme le dit Toullier quelque part, un tribunal, quelqu'inférieur qu'il soit, ne doit pas se soumettre à une décision de la Cour de Cassation s'il la croit contraire à la loi, à plus forte raison, un juge de cette cour, comme le ferait ou pourrait le faire un juge d'aucune cour du Canada, doit-il, lorsqu'il est appelé à le faire, agir d'après ce qu'il croit avec conviction, être la loi du Bas-Canada. J'ai lu avec beaucoup d'attention les observations du Juge-en-Chef Sir Louis-Hypolite LaFontaine, (1) et je dois déclarer que, malgré mon bon vouloir, je n'ai pu comprendre comment, après l'accumulation d'autorités que j'y trouve, empruntées les unes au droit coutumier, d'autres au droit écrit de la France, d'autres au droit anglais et même au Droit Américain, le savant Juge-en-Chef a pu arriver à la conclusion que le testament de Léger Lambert, reçu par devant un notaire et deux témoins, sous l'empire de la Coutume de Paris, pouvait subir la métamorphose dans laquelle on le retrouve, je veux dire sous la forme anglaise. Je comprends encore moins qu'il y ait entre l'espèce qui nous occupe aujourd'hui, et les testaments mystiques et nuncupatifs tels qu'on les recevait en France, la plus légère analogie. J'aurais désiré voir établi, que l'inobservance des formalités essentielles sous la Coutume de Paris produit une suffisance, une perfection de formalités sous le droit anglais ! Impossible ! Jamais l'acte Impérial de 1774, non plus que le statut de 1801 de notre législature, n'ont dit un mot de cette transformation. Il n'y est question que de la liberté donnée, accordée à chacun qualifié à le faire en loi, la liberté de tester et disposer de ses biens sans restriction ; et tout ce qu'on y trouve quant à la forme du testament se réduit à ce qui suit : "Such will being *exe-*
" *cuted*, either according to the laws of Canada, or according
" to the forms *prescribed* by the laws of England. Soit que le

(1) 5 *R. J. R. Q.*, p. 246.

" testament soit dressé suivant les lois du Canada, ou suivant " les formes prescrites par la loi d'Angleterre." (1) Quant à la décision dans la cause de *Ruyter et al.*, vs. *May*, en 1824, et confirmée en appel en 1825, par le Juge-en-Chef SEWELL et MM. Richardson, Coltman, Smith et Hale, il me sera bien permis, je pense, de dire, qu'à l'exception du Juge-en-Chef SEWELL, qui, tout éminent qu'il fût, était, comme le Juge-en-Chef REID, et tout autre juge, susceptible de se tromper, le personnel de la Cour d'Appel qui a jugé cette cause, n'était pas propre à inspirer beaucoup de confiance. Je dois en toute franchise déclarer, que je ne puis m'expliquer le jugement rendu aux Trois-Rivières, qu'en lui assignant pour motif, le fait que, dans la cause de Lambert et Gauvreau, l'on a dû faire la preuve des signatures du notaire et des témoins, et qu'alors (erronément suivant moi) l'on a jugé sur un document auquel les signatures apposées, étaient prouvées. Au reste, tous ces raisonnements sur la question de savoir si un testament nul aux yeux de la Coutume de Paris est valable et parfait suivant les lois anglaises, me paraissent ici à pure perte, nous n'avons pas à décider cette question, nous n'avons pas entendu la cause au mérite, nous n'en sommes qu'à l'Inscription de faux. Or, cette Inscription de faux formée, admise, instruite en Cour de première instance, ne l'est-elle pas contre un testament que l'Appelant Défendeur a, dans ses Exceptions, allégué avoir été reçu par devant deux notaires ? Ce faux est-il prouvé ? Voilà la seule chose que cette Cour est appelée à décider. Ce testament a-t-il été dicté et nommé comme il y est déclaré ? S'il l'a été, l'Inscription de faux croule. S'il ne l'a pas été l'inscription de faux doit être maintenue. Qu'avons-nous à faire à la question de savoir si, eu égard aux allégations de l'Exception de l'Appelant, nous irons déclarer ce qu'il ne s'agit pas de déclarer, ce dont il n'est aucunement question dans la contestation dont nous avons à nous occuper. L'on comprend que, si, dans une déclaration ou dans une exception, l'on alléguait spécialement les faits, c'est-à-dire, que ce testament, en apparence reçu devant deux notaires, est incomplet ou nul, qu'il vaut comme testament d'après les lois anglaises, et qu'il se trouve conforme au statut des fraudes, (2) et qu'on demandât à en faire preuve, la Cour serait, dans ce cas, en mesure de décider cette question ; et, si, contrairement à ce que je pense être la loi, elle décidait en faveur d'un tel

(1) Imp. Stat. 1774, ch. 83, sec. 10.

(2) 29 Car. 2, c. 3, sec. 5 : "That all devises and bequests of any lands or tenements shall be in writing, and signed *by the party so devising the same, or by some other person, in his presence* and by his express directions, and shall be tested and subscribed in the presence of the said devisor by three or four credible witnesses, or else they shall be utterly void and of none effect."

testament, il y aurait quelque raison de dire que son jugement, quelqu'erroné qu'il fût, cadrerait du moins avec les allégations. Peut-être que, plus tard, dans une cause où l'on a formé une inscription de faux, supposant que la cour la déboutât, pourrait-on au merite s'occuper de la question ; mais je le dis pour la dernière fois, il ne s'agit aucunement de cela, pour le présent. Je me résume : il ne s'agit que de l'inscription de faux, le faux est prouvé, le testament doit être déclaré faux et écarté du dossier. J'adopte les considérants du jugement dont est appel, aussi bien que la plupart des raisons exprimées par M. le juge TASCHEREAU, raisons si fortes, si logiques, si juridiques, si bien mises au jour, qu'elles me paraissent inattaquables. Quant aux conséquences du Jugement que nous devons rendre, cela ne nous regarde pas. Sauvegardons le principe, *and let the consequences take care of themselves*, Il me semble qu'on s'exagère ces conséquences. Rien de plus facile que de faire légaliser les autres testaments qui seraient dans le même cas que celui dont il est ici question. Je suis d'avis que le jugement dont est appel, devrait être confirmé. Il va être infirmé par la majorité de la cour.

MEREDITH, Justice : The question of law which this case presents is one of great importance ; for, upon the decision of that question, must depend the validity, as well of the will before us, as of a vast number of other wills, made in the same way ; I agree with the learned judge of the Court below in thinking that the main question which we have to decide is this : " La testatrice, en répétant pour ainsi dire mot à mot, " comme si elles les eût sues par cœur, le 18 mai 1861, en pré- " sence des deux notaires Petitclerc et Huot, les dispositions " de son testament dont Petitclerc avait d'avance préparé la " rédaction, a-t-elle en cela fait un testament valable, de ma- " nière à autoriser les notaires instrumentaires à accepter cet " acte comme légal, et à pouvoir dire que la testatrice avait " dicté et nommé son testament ?" The pretension of Respondents, as set forth in their first *moyen de faux* : is : that the will in question was not dictated by the testatrix to the two notaries, in the presence of each other, and was not written by one of them, in the presence of the other, and in the presence of the testatrix, as (it is said) is required by law, and as, it is also said, is falsely alleged in the will. The Respondents, in effect, contend, that the true meaning of the word, *dicter*, is to enunciate, word by word, that which another writes at the same time : " *prononcer mot par mot ce qu'un autre écrit en même temps*." They say that such is the meaning of the word " *dicter* " as given, not only, in the best dictionaries of the present day, but in a standard dictionary, published as far back as the year 1721 : and that such is also held to be the

true meaning of the word, by the most esteemed french jurists, ancient and modern. The Respondents further contend that, as in the case before us, the writing did not *follow* the dictation, the will is null. The Appellant, on the other hand, contends in the first place: that, although, according to modern french authorities, the word *dicter* has, doubtless, the meaning given to it by Respondents; yet that, when our custom was reformed in 1580, it had not that meaning, and, on the contrary, meant simply, to enunciate or declare; and that, as the testatrix, in the present case, did declare and fully explain her testamentary dispositions to the two notaries, and as they found that those dispositions, so explained by her, had been correctly reduced to writing, by one of them, that was a good dictation of the will within the meaning of the law. The Appellant contends, secondly, that according to the interpretation which, in this colony, has always been put upon the 289th article of the custom, and, according to the settled usage based upon that interpretation, it has always been considered by both branches of the legal profession, and the public, that a formal and unequivocal acknowledgment of a will, in the presence of two notaries, or of a notary public and two witnesses, followed by the reading over of the will twice, and the approval of it, in the presence of the same parties, is a valid dictation and execution of the will within the meaning of the custom. Such are the points submitted for our consideration; and I may at once observe, that, until lately, it would not have occurred to me, that the validity of a will, executed as the will before us appears to have been executed, could be impugned with any prospect of success, on the ground that it had not been dictated according to law. But I must add that a perusal of the very learned and lucid judgment which we are required to review, has convinced me that the question submitted is not as free from difficulty as I supposed; and, as I believe, is generally supposed. I have, therefore, examined with care the authorities referred to in that judgment, and also those cited in the course of the very able argument which took place before us. And I shall now proceed to review the more important of those authorities. I do not, however, I may observe, propose to advert to the decisions, upon this subject, under the ordonnance of 1735, or under the Code Napoléon, nor to the opinions of the commentators, upon those laws. The Ordonnance of 1735, requires a will by public act, *testament solennel*, to be written by the notary himself, which is not required by the Custom of Paris; and the Ordinance of 1735, further provides (Art. 48) for the severe punishment of witnesses signing a will without having actually heard the testator pronounce his testamen-

tary dispositions. After the passing of this Ordinance, there could not longer be any doubt as to the necessity of the attesting witnesses being present, as well when the will was being reduced to writing, as when it was being twice read over and executed. But the difference between this provision of law, and the article of our own Custom is, in this respect, very striking; for the latter not only does not provide for any punishment, such as that mentioned in the ordinance, but does not, even, in express terms, say (as, at a later stage of these observations, I shall have occasion to show) that the witnesses, need be present when the will is dictated to the notary. The Code Napoléon not only requires a will by public act, *testament solennel*, to be in the hand writing of the notary, but requires the presence of two witnesses, in addition to the two notaries; thus, as I may say, doubling the precautions of the old law. Moreover, the Code (Art. 1001) expressly declares that all formalities thereby provided for the making of wills shall be observed on pain of nullity; which our custom does not do. The legislature, in France, have thus, step by step, added to the formalities required for a will by public act, *testament solennel*; whereas the tendency and avowed object of the acts of our legislature, have been to facilitate the exercise of the testamentary power. It is, therefore, plain not only that our custom differs as to what it enacts from the ordinance of 1735, and the code Napoléon; but, also, that the laws just mentioned have been passed to give effect to principles, different from, and opposed to, those upon which our own legislature have acted. I, therefore, think that we cannot allow ourselves to be guided, in the decision of cases such as the present, by the opinions of the commentators upon the ordinance of 1735, or upon the code Napoléon, nor by the judgments rendered under those laws. And I may add that I do not think we should improve our system, were we to adopt the exceedingly rigorous rules of the modern law of France on this subject. It appears that, under the code Napoleon, if one of the witnesses absent himself for a single moment, *pour un seul moment*, whilst the will is being reduced to writing, it will be utterly null and void; and this, irrespective of the time taken in preparing the will, or of the importance, or unimportance of what may have been done during the absence of the witness. Demolombe says: " sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'opéra-" tion qui s'est faite en son absence avait plus ou moins d'im-" portance." (1) It also appears, that, under the code Napoléon, a will by public act, *testament solennel*, must be set aside, if written in part by the testator himself; although, in the

(1) 4 Demolombe, 271-72, and authorities cited.

absence of special legislation on the subject, one would not be inclined to think that the validity of a will could be questioned on the ground of its having been written in whole or in part by the testator. I have no doubt that the opinions expressed by Demolombe, and the other eminent writers to whom he refers, on this subject, are correct; and I allude to them merely as showing that the rules of the modern law of France are opposed to the spirit of our own law respecting the exercise of the testamentary power; and as tending to show further that the opinion of the modern french writers upon this subject must be read by us with great caution. I now pass to the consideration of our own authorities on this subject, beginning with those cited by Appellant. In support of his pretension that the dictation of the will is sufficient under the custom, and this irrespective of any modification thereof by usage, Appellant referred to a great number of old french *arrêts* maintaining wills much less regularly made than the will before us; but there are only three or four of them which relate directly to the formality of dictation. The first of these bears date 1st February, 1597, and according to Ferrière (1) and Brodeau (2), the court, in that case, confirmed the will of one Mathieu de Macheco written by his servant, but having the signature of the testator, not only at the end of the will but at the bottom of each page, and afterwards acknowledged by the testator in the presence of two notaries; although it did not appear that the will had been actually dictated by the testator to the notaries. The second *arrêt* bears date the 13th June, 1609, and, in that case, it appears (3) that the will of the Marquis de Pisany, written by his lawyer, signed by himself, and acknowledged in the presence of two notaries, was held good without there having been any formal dictation. By the next of the *arrêts* cited by Appellant, as bearing upon this point, the will of one Claude de Pollaet written by one Denos, " son notaire et conseil ordinaire," signed by the testator, as well at the end of the will as at the bottom of each page, and executed before two notaries, the said Denos being one of them, was maintained. The last mentioned *arrêt* bears date the 28th February, 1615, and was afterwards confirmed by an *arrêt* bearing date the 23rd January 1616; (4) although, in that case, also, it did not appear that the will had been actually dictated by the testator to the notaries. The Appellant has also cited passages

(1) 4 Ferrière, *Coutume de Paris*, p. 107.

(2) Brodeau sur Louet, (ed. 1762) vol. 2, p. 609.

(3) Ferrière and Brodeau, as last above cited.

(4) Brodeau, sur Louet, vol. 2, p. 613.

from the works of Rousseau de La Combe (1), Berton, Seigneur de Fromental (2) and Domat, (3) establishing that the actual dictation of the will by the testator to the notaries was not exacted by the Courts in France; and he has drawn our attention to a considerable number of *arrêts* showing that, in many cases, the Courts, in France, maintained wills notwithstanding the inobservance of some of the formalities prescribed by the Custom; but, quite as many, and perhaps a greater number of *arrêts*, have maintained a contrary doctrine. And I believe it to be beyond doubt that, where the legislature has subjected the making of a will to certain solemnities, those solemnities must be observed under penalty of the will being null, and that the testator cannot substitute, for a formality prescribed by the legislature, any other formality, although the substituted formality might, in that particular case, be as effectual as the one of which it had taken the place. But, on the other hand, the formalities prescribed by law are not to be extended by judicial interpretation so as to give rise to nullities not contemplated by the legislature. I shall next examine the authorities, and more particularly the *arrêts*, referred to by Respondents; and bearing in mind the great importance of the present case, I think it right to state succinctly the point decided by each *arrêt*, as I have already done with respect to those cited by Appellant, bearing directly upon the formality of dictation. Charondas (4) refers to two of the most ancient of the *arrêts* cited by Respondents, namely: those of the 21st March, 1581, and of the 1st February, 1586, (without however giving the particulars of the cases in which they were rendered) as establishing the general doctrine that the formalities prescribed by the Custom, for the making of a will, must be strictly observed, under pain of nullity. The *arrêts* of the 12th May, 1580, 22nd December, 1571, 23rd July, 1575, and 2d February, 1584 (of which also the facts are not given) are referred to by Charondas (5) as having set aside wills in consequence of the inobservance of the formalities prescribed by the Custom: "mêmement pour "n'avoir pas été dicté et nommé par le testateur." The author adds: "Si donc le notaire, curé, vicaire, ou autre, demande au "testateur s'il veut et ordonne *ce qui lui est proposé par celui* "*qui l'interroge*, sans que le testateur le déclare et dicte de

(1) Rousseau de La Combe, vbo. Testament, No. 12

(2) Fromental, p. 203.

(3) Domat, pp. 398, 399.

(4) Charondas, Custom of Paris, vol. 1, Tit. 14, p. 207.

(5) *Ib.* p. 209.

" lui-même; ou qu'ayant dressé une minute de testament, il " demande au malade s'il le veut ainsi, et qu'il réponde oui: " tel testament sera nul comme fait contre la forme de la " Coutume et à la suggestion d'autrui." In the two hypothetical cases put by Charondas, the will might reasonably be supposed to have emanated from the public officer, and to have been merely acquiesced in by the testator, whereas, in the present case, it appears that the will emanated exclusively from the testatrix herself, without any, even the slightest, suggestion from the notary; and, therefore, there is an essential difference between the cases supposed and the case before us. By the *arrêt* of the 31st May, 1586, cited from the work of Barnabé Levest, the Court held a will null in consequence of the notaries by whom it was drawn having failed to certify, as required by the Custom, "qu'il avait été dicté et nommé " par le testateur, à lui lu et relu, et par lui signé;" and the Court, I think very properly, refused to allow the defect to be remedied by parol evidence. (1) In the present case, however, the declaration of the attesting notaries, as to the manner in which the will was made and executed, is strictly in accordance with the requirements of the Custom. The *arrêt* cited from *Chopin*, bearing date the 15th June, 1602, can have no weight in the decision of this case. It was rendered under the Custom of Burgundy, and the Court held and indeed could not well do otherwise that the attestation of two notaries did not suffice; as that Custom expressly requires the attestation of two witnesses *in addition* to that of two notaries. (2) The *arrêt* of the 16th February, 1617, (3) annulled a will on the ground that the notaries, instead of certifying that the will had been "*dicté et nommé*," as the Custom requires, certified that the will had been, by the testator, "proféré par sa propre bouche, et que les notaires " l'avaient rédigé par écrit en la manière qui ensuit:" and Ricard explains the reasons of the *arrêt* thus: "Les mots, " *proféré par sa propre bouche*, n'emportent pas absolument " la même signification que ceux-ci, dictés et nommés, car *dicter* vaut autant à dire que parler et proférer quelque chose " de sa propre bouche à dessein qu'un autre la rédige par " écrit, au lieu que proférer de sa bouche ne veut dire autre " chose, et ne signifie rien davantage que parler." Whether this *arrêt* be right or wrong, I do not think it can aid us in deciding this case; for, if we look to the form of the will before us, it is strictly right; and, if we look to the proof,

(1) Arrêt de Barnabé Levest, Ed. of 1612, p. 386.

(2) Chopin, Custom of Paris, Ed. of 1662, vol. 3, p. 197.

(3) 1 Ricard, p. 340, No. 1504.

it appears that the testatrix enunciated her testamentary dispositions, not merely (as in the case cited it was suggested was possible) for the purpose of speaking, but in order that her will might be executed in conformity to those dispositions. I have now reached the two *arrets* cited by Bouguier, which would have had an important bearing upon this case, if the will had been executed as notarial wills generally are executed in this country, that is without the actual declaration by the testatrix, in the presence of the second notary, of the whole of her testamentary dispositions. By the first of the two *arrets* from Bouguier, that bearing date the 6th August, 1602, the will of Magdalen Olivier was annulled on the ground that the testatrix: "n'avait en présence des notaires "dicté et nommé son testament, mais seulement fait par de- "vant eux une déclaration que c'était son testament, et qu'elle "leur avait dicté et nommé auparavant." (1) The same doctrine was held in the other *arret* cited from Bouguier, that of the 15th February, 1607. (2) In that case, the will of Pierre Beaufumée was set aside, on the ground that the will had not been "*dicté et nommé* par le testateur." Although it appeared that the will had been *lu et relu par plusieurs fois* to the testator, and, although he confirmed it by a codicil made five days afterwards. It is to be observed that the *arrêt* last cited was rendered under the Custom of Auxerre, the terms of which, in this respect, are somewhat different from the words of our own. They are: "Avant que "le testament soit réputé solennel et valable, est requis que "le dit testament soit écrit et signé de la main du dit testa- "teur, ou bien par lui dicté et nommé en présence de deux "notaires, ou d'un notaire et deux témoins, au dit Curé de l'é- "glise paroissiale ou son vicaire-général en présence de deux "témoins." (3) The difference between the two Customs being, that where a will is prepared before a notary and two witnesses, or before a rector of a parish, *curé*, or his vicar and two witnesses, the Customs of Auxerre requires *expressly* the presence of the *two witnesses* at the dictation of the will, whereas our custom does not do so. In each of the remaining seven *arrêts* cited by Respondents, namely: in the *arrêt* of the 31st January, 1645, being the second *arrêt* cited from Ricard; in each of the two *arrêts* cited from Auzanet; and in each of the four *arrêts* cited from Ferrière, a will was set aside, on the ground of its not having been, as it was said, dictated, but merely acknowledged in the presence of two no-

(1) Arrêts de Bouguier, Ed. of 1638, p. 407.

(2) Bouguier, Arrêts, p. 408.

(3) Coutume d'Auxerre, art. 266.

taries. And I shall now notice as succinctly as possible the salient points of some of those *arrêts*. As to the first of them, that of the 31st January, 1645, Ricard says (1) it "déclara nul "un testament écrit de la main d'un tiers par l'ordre du testa-"teur, quoiqu'il l'eût signé de sa main et reconnu devant deux "notaires, et que l'acte de reconnaissance contînt toutes les "formalités requises par la Coutume pour rendre un testament "solennel." The will in the *arrêt* of 2nd February 1622, referred to by Auzanet was "dicté à un particulier, et depuis "reconnu pardevant notaire." The will set aside by the second *arrêt* cited from Ferrière, that of the 21st August, 1621, was written by one of the witnesses before the notary was called in. The will set aside by the third *arrêt* cited from Ferrière, that of the 7th February, 1629, was "*écrit d'une* "*main étrangère* auparavant l'arrivée des notaires." The doctrine which the *arrêts* from Bouguier, and the last mentioned seven *arrêts* tends to establish, namely: that a will acknowledged by the testator in the presence of two notaries and which is then twice read to the testator by one of the notaries in the presence of the other, is not to be considered as "*dicté*" in accordance with the terms of the Custom, and must therefore be set aside, is referred to approvingly, or as being the established usage, by Papon, (2) Bouguier, (3) Chopin, (4) Lemaître, (5) and more particularly by Ricard. (6) I must, therefore, say, that, although the authorities, and more particularly the *arrêts*, are conflicting; and, although the French Courts, in a very great number of cases, maintained wills in which the formalities prescribed by the Custom had not been observed: still, I think the learned counsel for Respondents, has succeeded in showing that the weight of authority in France, even before the passing of the ordinance of 1735, was in favour of the doctrine that the acknowledgment of a will, in the presence of two notaries, followed by the reading of it twice, and the approval of it by the testator, although all in the presence of the two notaries. was not considered as a dictation, or as equivalent to a dictation, of the

(1) Ricard, *Donations*, 1st vol., No. 1515, pp. 342, 343. The will in this case was made under the Custom of Senlis which uses the words "fait de-"vant deux notaires" instead of the words of our Custom "passé devant "deux notaires." See Custom of Senlis, as given by Ricard, p. 67.

(2) Papon, Ed. of 1601, Book 20, No. 20, p. 455.

(3) Bouguier, Ed. of 1638, p. 407, lettre T., No. 2.

(4) Chopin, Ed. of 1662, vol. 2, p. 204.

(5) Lemaître, Ed. of 1741, pp. 423, 424.

(6) Ricard, *Traité des Donations*, Ed. of 1701, p. 342, Nos. 1513, 1514, 1515.

will by the testator, so as to meet the requirements of the article of the Custom. But, in determining the weight that we, upon the present occasion, ought to give to those *arrêts*, it is necessary to remember, first that the whole of the will before us was written by Petitclerc, from *the actual dictation of the testatrix*; secondly, that which, with reference to the particular requirement of our Custom is still more important; namely: that, immediately before the execution of the will, the testatrix enunciated the whole of her testamentary dispositions in the presence of the two notaries, the second notary, Huot, having the will before him, whilst the testatrix spoke; he ascertaining, in that way, that what she then deliberately pronounced, as her testamentary dispositions, had been faithfully embodied in the will, then in his hands. And, thirdly, it is important to bear in mind that in no one of all the cases cited by Respondent, does it, I believe, appear that the will set aside was dictated in the manner that the will before us is proved to have been dictated. Bearing in mind the facts just mentioned, the complaint against the will now impugned seems to reduce itself to this: that the writing ought to have *followed* the dictation. If so, then, if the notaries, (when they ascertained from the words of the testatrix, that the paper before them correctly embodied all her wishes), had made a copy of that paper, and executed it as her will, all would have been right: for, then, the testatrix would have dictated her wishes, and the writing would have followed the dictation, and have been in pursuance of it. But to me it seems that, when the notaries had ascertained, as already mentioned, from the lips of the testatrix, that the instrument already prepared, was exactly what it purported to be: and what the testatrix wished it to be, that, after that, it would have been unreasonable for them to say we shall reject *the document* before us, which we know to be correct; but we shall prepare, and use, *a copy* of the document so rejected. It can easily be supposed that a copy, if prepared, might not have been as correct as the original: but how a copy could be expected to be better than the original, I am at a loss to understand. It has however been said that the formalities prescribed by law must be strictly pursued. That doctrine, I admit to be true; but I think a distinction may be made respecting it. If the formality be one admitting of a literal fulfilment, it must be literally fulfilled. But, where the literal fulfilment of a formality is impossible, as must be the case with reference to the formality of dictation, in the great majority of important wills; then, the law must be presumed to have intended, and to be satisfied with the only fulfilment that, in such cases, is possible, that it is to say, a substantial fulfilment. The ful-

filment of the formality of dictation in the present case, was in accordance with the spirit, and, not opposed to the letter of the Custom; and, after giving to this case the best consideration in my power, I am of opinion that, irrespective of the usage alleged by Appellant, there was a sufficient dictation of the will to meet the requirements of the Custom of Paris. If all the Judges of the Court of Appeals thought, as I do on this point, I might here close my observations; but, as two of the members of this Court are of opinion, with the learned Judge of the Superior Court, that the dictation was insufficient, it is necessary to examine the second proposition submitted by Appellant; and I do so the more readily, because a judgment in this cause, if confined to the first point submitted, would leave undecided the important question fully discussed at the argument, as to the effect of the usage alleged by Appellant. I therefore proceed to consider the second ground upon which Appellant relies, namely: that, according to the interpretation which the article of the Custom has received in this Province (ever since it became a dependancy of the British Crown) it has been considered that a formal and unequivocal acknowledgment of a will in the presence of two notaries, or of a notary public and two witnesses, followed by the reading over of the will twice, and the approval of it by the testator, in the presence of the same parties, is a valid dictation and execution of the will, within the meaning of our Custom. The difference between the practice which, it is said, is generally observed in this country, and the practice observed in France, under the Code, being, that, in this country, according to the general understanding of the profession, it has been thought sufficient that the attesting witnesses or second notary should be present during the whole of the time of the execution of the will, as our article expressly requires, including the reading over of the will twice, as the article also expressly requires; but it has not been deemed necessary here, that the attesting witnesses or second notary, should be present while the will is being reduced to writing, which is certainly necessary according to the modern law of France. In support of the practice in Canada contended for by Appellant, he has examined a number of the leading notaries public of this City. To the adduction of this evidence, Respondents strenuously objected as being valueless and illegal: but, in my opinion, although the evidence in question may not have been absolutely necessary, inasmuch as the practice of conveyancers may without proof be judicially noticed; still, I do not regard the evidence as unimportant. It is unnecessary to cite authorities for the purpose of proving that, under our

system of law, a usage, when properly established, suffices, as Toullier says; " pour interpréter une loi, ajouter à ses dispositions ou les abroger." (1) The usage upon which Appellants rely, in the present case, is merely an interpretation of the law; and is generally spoken of in the english books, as the settled practice of conveyancer; and the highest english authorities are clear as to the importance of such practice. Lord Eldon, as chancellor, when giving judgment in the house of Lords, in the case of *Smith* vs. *The Earl of Jersey*, spoke as follows: " My Lords, we hear of the practice of conveyancers, " and that amounts to *a very considerable authority*. And I " am justified, observed his Lordship, in that assertion by the " opinions of the greatest men who have sat in Westminster " Hall, who, I am persuaded, in many instances, if matters " had been *res integræ*, would have pronounced decisions " very different from those which they have thought proper " to adopt, if they had not taken notice of the practice of " conveyancers." (2) Lord Redesdale, in the same case, observed: " that the law has frequently been decided, even in " the construction of acts of Parliament, upon what has been " the general understanding of lawyers as to the true mean- " ing of those acts of parliament." (3) The same doctrine is admitted by Baron St. Leonards, one of the most eminent jurists of the present day, in his work on vendors and purchasers. His words are: " It matters very little what is the opinion of any individual conveyancer, but the opinion of conveyancers, as a class, is of the deepest importance to every individual of property in the state. Their settled rule of practice has accordingly in several instances been adopted as the law of the land; not out of respect for them, but out of tenderness to the numerous purchasers who have bought estates under their advice." (4) I cite these authorities now, in order that the evidence to which I am about to advert may be duly appreciated. But, before entering upon the consideration of that evidence, it may be well to observe that the wording of the article 289 of the Custom of Paris, as to the persons who must be present at the dictation of a will, by public act, is not by any means as clear as it might be. The article commences by saying that

(1) Toullier, vol. 1, No. 160, p. 128.

(2) Brod and Bing, 597, E. C. L. R vol. 2, p. 273.

(3) Same vol. Eng. Ed. p. 611, Am Ed. p. 281.

(4) 3 Sudgen, on *Vendors and Purchasers*, p. 28. See Taylor on Ev. vol. 1, p. 28. Same doctrine admitted in the United States see opinion of the chancellor. *In Bank of Utica* vs. *Mersereau*, 3 Barbour, pp. 530, 537, cided Sedgwick's *Statutory and Constitutional Law*, p. 256.

a will by public act, *testament solennel*, must be "*passé*" before certain persons enumerated in the article. The word "*passé*," when used with respect to notarial or others deeds, generally means passed, or executed; and does not necessarily imply that all the persons present at the execution of the will ought also to be present during the whole of the time that it is being reduced to writing. The words, towards the conclusion of the article, with respect to the reading over of the will twice, are explicit as to the necessity of the presence of the witnesses at that formality, they are "et depuis à lui relu en la présence d'iceux notaires, curé ou vicaire-général et témoins." But the words, as to the dictation of the will, are simply "qu'il ait été dicté et nommé par le testateur aux dits notaires, curés ou vicaire-général;" thus, not saying expressly that, where the will is received by a notary *and two witnesses*, or before a rector of a parish, or his vicar, *and three witnesses*, that *the witnesses*, in any of these three cases, need be present at the dictation; or that, where the will is received by a priest or his vicar, and a notary, that *the assisting notary* need be present at the dictation; it is true that, where the will is received by two notaries, the custom may be understood as saying that the will, must be "dicté aux dits notaires," and it may be said that, if the law expressly *requires the* presence of the *second notary* at the *dictation*, when the will is executed before two notaries, that it may be *implied* that, in the other five descriptions of will, by public act, allowed by our Custom, the persons required to be present at the execution of the will must also be present when it is dictated. I am not by any means prepared to say, that such was not the intention of the framers of our Custom; but, be this as it may, it is not the less true, that, in five out of six cases of the same class, the law does not expressly say that any third person need be present at the dictation of the will by the testator to the public officer; and, even in that one of the six cases which presents the least difficulty, it will be found, upon a careful examination, that the words are not perfectly clear. It may be added that the direct tendency of our own legislature has been to detract from the importance of the formality of dictation, as understood at present in France. Under our statute law, a man having caused his will to be prepared, may go before two private individuals and upon his acknowledging the will before them and signing it, and causing it to be signed by the witnesses, as the law requires, it will be a valid will; and this without any regard to the formality of dictation. Our legislature have thus unmistakeably shown that they attach comparatively little importance to the formality of dictation. Whereas repeated changes have been

made in the law of France for the avowed purpose of securing the strict observance of that formality. Under these circumstances, it is not surprising that the formality of dictation is not viewed in this country, in the same light as it is now viewed in France. With these preliminary observations, I pass to the consideration of the evidence adduced by the Appellant, as to the usage or practice for which he contends: but, in consequence of the extreme length which these remarks have already reached, I shall, in the references to the evidence I am about to make, confine myself, in so far as regards the notaries resident in Quebec, examined by Appellant, to the two who have been longest in practice, namely: Glackemeyer and Macpherson. I begin with Glackemeyer, who, as late as 1862, had the honor of being elected president of the Board of Notaries for this District. This witness, who, when examined had been in practice for the long period of forty seven years, deposes as follows: "Voici la manière ordinaire dans laquelle je "procède, lorsqu'il s'agit de recevoir le testament d'une per- "sonne en santé. Le testateur m'indique de quelle manière il "veut disposer de ses biens, et, si tout cela est légal, alors il "me demande de faire son testament en conformité à ces ins- "tructions. Je ne prends pas toujours des notes, si l'affaire "est simple, mais si l'affaire est compliquée, je prends des "notes; et, on appointe le jour et l'heure et le lieu où se fera "le testament. Dans l'intervalle, je rédige le testament, et "lorsque le temps fixé pour son exécution est arrivé, j'invite "mon confrère, c'est-à-dire, un autre notaire, à venir me ren- "contrer; on lit ensuite au testateur, en présence du second "notaire, le testament préparé, et je lui demande alors, en pré- "sence du second notaire, s'il a bien compris le testament "ainsi lu, et s'il le trouve dressé conformément à ses instruc- "tions et à ses volontés. Sur sa réponse affirmative, je lui lis "le testament une seconde fois, je réitère la même question, "et s'il répond de la même manière, le testament est signé et "finalement exécuté: et, lorsque j'ai été appelé comme second "notaire à l'exécution d'un testament, mes confrères ont agi "de la même manière. *Cette manière de procéder que je viens "de mentionner existe à Québec depuis quarante-sept ans à "ma connaissance, et je n'ai jamais vu procéder d'une ma- "nière différente.*" Macpherson, who had been in practice forty nine years when he was examined, and who enjoys an excellent position in his profession, says: "When I have been called upon to receive and execute the will of a party in his ordinary state of health, I have proceeded in the following manner: I have been applied to at my office by the party desiring to make his will or have been sent for. I have recei-

ved the instructions generally from the party himself, or, sometimes, from his friends; when the instructions are not given to me in writing, I generally take notes of them myself. *I have never called for the second notary, when receiving the instructions, nor when preparing the draft of the will.* I always prepare it quietly at my office. When the will is prepared and ready to be executed, and after I am satisfied that it is according to the instructions I nad received, I then call for the second notary for the execution of the will. When the second notary has come, there is generally a conversation with the testator explaining the will, after which the will is read twice." Only one notary from the City of Montreal has been examined, namely, Théodore Doucet, who has practised for about nineteen years. He says: " Dans ma pratique, et dans " celle de plusieurs autres notaires que je connais, voici com- " ment l'on procède à Montréal pour l'exécution des testa- " ments des personnes en santé. Le testateur vient donner ses " dispositions, dont le notaire prend des notes, fixe un jour et " heure pour l'exécution, et le second notaire est alors appelé: " le testament est lu et relu et signé par le testateur et les no- " taires. C'est chez mon père que j'ai fait ma cléricature dans " la cité de Montréal, et pendant ma cléricature, il est à ma " connaissance personnelle qu'il procédait à l'exécution des " testaments des personnes en santé, de la manière que je viens " de l'énoncer." The cross-examination of this witness is deserving of attention. Being asked " Pouvez-vous faire serment " qu'*il n'y a jamais eu, à votre connaissance, un testament* " dicté par une personne en santé à deux notaires, ou à un " notaire et deux témoins présents." Answers: " Je ne m'en " rappelle pas, s'il y en a eu: *pas dans ma pratique.*" The evidence of these witnesses is confirmed by that of eight of the oldest notaries public in the city of Quebec, all highly respectable members of the profession. The evidence of Petitclerc is not opposed to that of Appellant's witnesses: because, although Petitclerc adopts the precaution of causing the testator to repeat the whole of his testamentary dispositions in the presence of all the parties before whom the will is to be executed, he, nevertheless, states positively that the general practice is such as contended for by Appellant. When it is borne in mind that Glackemeyer, who has been engaged in the practice of his profession for *forty seven* years, that Macpherson, who has been in practice for *forty nine* years, and Doucet who has practised in Montreal for about *nineteen* years, *all declare in effect that they have not known even one case in which a will* of a testator, in health, was reduced to writing in the *presence of two notaries*, and that their evidence is confirmed by that of

Petitclerc and eight other notaries public, it seems to me that it would have been hardly possible to adduce more weighty evidence as to the practice in question. The Respondents, on their part, have examined a number of notaries, most of them gentlemen practising in the country; many of them occupying high positions in the places in which they reside; and all of them, I have no doubt, highly respectable men. They prove that, when called upon to make a will, they do not usually receive instructions for the will from the testator, or prepare the will, before the interview at which the will is executed; and each of the witnesses, practising in the country, says that, when he receives a will, he invariably requires it to be dictated to him in the presence of another notary or of two witnesses; thus conforming strictly, as it is said, to the article of the Custom. The Respondents, as to the question of usage, have not examined any witnesses from the City of Montreal; and three only from the City of Quebec. Jean B. Pruneau, who has been a notary for twenty one years, and who is in the enjoyment of extensive practice, states that, about twelve or thirteen years ago, (as the gentlemen of the bar are well aware) some important wills were contested in Quebec; and speaking, as I understand, of the course he pursues since that time, he says: "Mais depuis que plusieurs testaments impor-"tants ont été contestés, *c'est-à-dire, depuis mil huit cent* "*cinquante et un*, ou *mil huit cent cinquante deux*, pour les "testaments importants, dans les cas où je craignais qu'il y "aurait contestation, je me suis fait dicter le testament par "le testateur, devant deux témoins à la campagne." The other two notaries resident in Quebec examined by Respondent are Pierre G. Huot, one of the representatives of the City in Parliament, and Louis-Michel Darveau, who, although he has practised as a notary, says his principal occupation has been that of journalist. Huot says that he was received, as a notary, about fifteen years before he gave his evidence; that being, I may observe, very shortly before the contesting of the wills which caused Pruneau to modify his practice; and, therefore, it does not seem improbable that the same cause may have affected the practice of Huot, and also that of Darveau, who was received as a notary in 1846; and, very probably, it is to the same cause, that may be attributed the precaution which Petitclerc takes of causing persons making their wills before him, to enunciate their testamentary dispositions in the presence of the second notary. Huot and Darveau say, that, according to their practice, the testator invariably dictates the whole of his will in the presence of two notaries, or of a notary and two witnesses. Even if those gentlemen had devoted themselves exclusively to the duties

of the notarial profession, which they admit they have not done, it would be no disparagement of them to say, that, although, doubtless, quite true, their evidence cannot, as to the general practice of notaries at Quebec, neutralise or seriously impair the effect of the evidence given by the ten notaries examined on the part of Appellant; several of whom have been in practice more than a quarter of century, before either Huot or Darveau had commenced the study of the law. As to the evidence given by the professional gentlemen resident in the rural districts, it does not appear to me surprising that the mode of proceeding usually followed by notaries in the country, should, in some respects, differ from that generally followed by their *confrères* living in our chief cities. A notary, in the country, called upon to prepare a will, to be composed, as is generally the case, of a few simple sentences, could not reasonably propose to return to his home, often at a considerable distance, in order to frame the will: but a notary called upon to prepare an important will, for a person residing in the same town with himself, would very properly, in many, if not most cases, desire to prepare the will in his own study, so as to have time and opportunity for thought, and for the examination of authorities if necessary. In many cases, the will is submitted to counsel. Indeed, among the english portion of the community, almost every will is prepared by, or submitted to counsel. Hence, it follows, that, in our chief towns, wills are usually prepared before the interview at which they are executed: and the wills so prepared, are not afterwards actually dictated by the testator, for the purpose of being written out again; as, according to the pretention of Respondents, they ought to be. It is to be recollected that the question is not as to whether a notarial will may be executed in the mode usually followed by the witnesses for Respondents. As to that point, there cannot be any difficulty, the question really is as to the practice of the profession with respect to the preparation of wills, which from their nature, and importance, require reflection; and which cannot properly be drawn up and prepared at the time they are executed, and without opportunity for revision or correction: and the evidence as to the general understanding of the profession in this respect, when properly considered, does not seem to me very conflicting. I shall now briefly advert to the three cases cited by Appellant, as showing that the opinion generally entertained by the leading members of the notarial profession on this subject, has the sanction of our courts: and I attach considerable importance to these cases, although in two of them, there was no positive decision as to the point in controversy. The first of these cases in the order of date is the case

of Ruyter and May (1) decided in the court of King's Bench at Montreal in 1824, Chief-Justice Reid being then president of that court. In that action Plaintiffs sought to have the will of Ruiter set aside on various grounds; and the first objection taken to the will was " that the witnesses were not present " nor heard the testator order, direct and dictate his will to " the notary." It was proved that the will was drawn up by the notary, on the 27th October, 1820, and dated as of that day; but that the witnesses were not sent for until the following day, when the will was executed, without the date, which had been inserted the day before, being changed. The court decided that the will could not be held a *testament solennel*, as it bore a date different from that upon which it had really been executed; but it does not appear, from the note of the case, made by Chief-Justice Reid, that any thing whatsoever was said by the court respecting the will having been reduced to writing before the witnesses were called. The second of the three decisions of our courts cited by the Appellant, as already mentioned, is the case of *Robitaille* vs. *Bonneville*, which came before the Court of Queen's Bench for the District of Quebec, during the time of Chief-Justice Sewell, than whom, I believe, it will now be admitted by universal consent, a higher authority cannot be cited upon any question of canadian law. In that case, the will of one François Bonneville was contested, and there was, as in the present case, an inscription en faux against the will, " as not having " been made and executed in the manner prescribed by " law for a *testament solennel*, and in the manner certified " by the notary in whose possession the minute was depo- " sited." (2) The evidence adduced in that case has been placed before us, and from the depositions of the two notaries and other evidence, it appears that the second notary was not present when the will was written. And, yet, the will was held to be a good will. The case went to appeal and was disposed of, as the gentlemen of the bar are aware, upon a different ground, and all that is said in the report respecting the point now under consideration is: " The Court below, how-

(1) Un testament reçu devant un notaire et deux témoins, et constatant qu'il a été lu au testateur par le notaire, deux fois, en présence des témoins, et qu'il a été signé par le testateur en la présence du notaire et deux témoins, qui, en présence de chacun d'eux, ont signé ainsi que le notaire, mais portant une date autre que celle du jour où il a été signé, ne peut valoir comme testament authentique, mais vaut comme testament fait suivant les lois d'Angleterre (*Ruiter et al.*, vs. *May et al.* Cour d'Appel, Québec, 20 janvier 1825, SEWELL, juge en chef, RICHARDSON, COLTMAN, SMITH et HALE juges, Confirmant le jugement de la Cour du Banc de la Reine, Montréal, 19 octobre 1824. REID, juge en chef, FOUCHER et PYKE juges. 5 *R. J. R. Q.*, p. 256.)

(2) 1 *R. J. R. Q.*, p. 343.

" ever, considered that the will had been regularly made and " rejected the *Inscription en faux.*" The Honorable Mr. Justice TASCHEREAU, of Kamouraska, was one of the counsel engaged in this case: and a note from him respecting it has been placed before the Judges. In that note, Mr. Justice TASCHEREAU says, that the statement in Stuart's reports that the Court considered that the will had been regularly made " is quite correct, *très-exact* ;" and Mr. Justice TASCHEREAU adds: " le Juge-en-Chef SEWELL qui prononça le jugement en cette " occasion, s'appuya surtout de l'autorité de Daguesseau, pour " maintenir le testament, sur le principe que les formalités " substantielles de l'acte avaient été observées, et qu'il fallait " s'attacher plutôt à l'esprit qu'à la lettre de la loi." The last of three cases decided by our Courts, and in which this question appears to have been raised, is the case of Clarke and Clarke. (1) That action was brought for the purpose of setting aside a will. The main question in this case appears to have been as to the testamentary capacity of the testatrix. But the report states " that it was proved by the notaries who " received the will that it was carried ready written on the " day it bears date to the house of the testatrix, that one of " the notaries had gone, a few days before for instructions, " and that the second notary never saw the testatrix before " the day of the date of the will." The Court, M. Justice DAY presiding, maintained the will, holding that Plaintiffs had failed to prove want of testamentary capacity on the part of the testatrix; and no notice appears to have been taken of the alleged irregularity of the dictation of the will. The gentlemen, whom I now address, know with what care, learning, and ability, the three judges whom I have named, disposed of cases coming before them, when deemed of importance; and I entertain no doubt that, if Chief-Justice SEWELL, Chief-Justice REID, and M. Justice DAY, as president of the Queen's Bench at Montreal, had thought that the objection then and now raised presented any serious difficulty, the question would have been disposed of in such a way as to have prevented the necessity of discussing it upon the present occasion. After giving to this part of the case due consideration, it seems to me that the evidence adduced by Appellant, supported as it is by the cases already adverted to, is sufficient to establish the practice contended for by him. Moreover, the practice of conveyancers is a matter with which the Judges, as members of the legal profession are presumed to be acquainted, and of which they may, and, therefore, where they can, ought to take judicial notice without proof. Lord Eldon, in the case before the House of

(1) 2 *R.J.R.Q.*, p. 345.

Lords, which I have already cited, referred to that part of his life which he had passed in the office of a conveyancer, and to what, his Lordship said, were "the sentiments of the great "conveyancers of those days;" (1) and lord Hardwicke, in another case, mentioned that he had enquired "of a very "learned and eminent conveyancer" (2) respecting a practice alleged in the case before him. With reference then to the general opinion of the profession, as to the point now under consideration, I may observe that I myself know that some of the most painstaking, learned, and eminent members of the profession have caused wills to be executed in the manner that Defendant's witnesses say such wills are usually executed; and I have as good authority, as one can possibly have on the subject for saying, that such was the practice generally followed here, by the most eminent of the lawyers of the last generation; and, now speaking of what I myself have always understood to be the law on the subject, and I do so simply because I deem it my duty, I may say that, had the will in question been executed under my superintendance whilst I was at the bar, the conviction upon my mind is, that it would have been executed exactly according to the practice proved by Glackemeyer, Macpherson, and the numerous other witnesses who agree with them. Certainly, I have no recollection of ever having entertained a doubt, or of having, whilst a student, or at the bar, heard a question raised as to the validity of such will. The point had been decided before I entered upon the study in the law, in *Routier* vs. *Robitaille*, by Chief-Justice Sewell, in whose judgments, the bar and the public placed implicit confidence, a confidence which time has shown was well deserved; and, during the time that I was a student, and, afterwards in practice, the question, so far as I know was not once raised. I have now explained my views as to both the branches of this important case; and the conclusion at which I have arrived as to the first branch is that the dictation of the will before us was in accordance with the spirit, and not contrary to the letter of the 289th article of our Custom; and that the will ought to be held valid under the terms of that article irrespective of any particular usage or interpretation. And, as to the second branch of the case, I am opinion, that that article of the Custom has been generally understood and acted upon, in this colony, in the manner contended for by Appellant. And that

(1) 2 Brod. and Bing. 598.

(2) 1st Term Rep., p. 772. See also 1st Burrows Rep., 4, p. 446, where it appears Lord Mansfield, after argument, caused enquiry to be made respecting a certain usage.

a will made in conformity to that understanding ought to be held good. This much, at least, as to the second branch of the case is, I think, certain, that the provision of our custom is not clear as to the persons who ought to be present when a will is being reduced to writing: and, now, after that Custom has been in force in this colony for upwards two centuries, to put upon an obscure provision of it, an interpretation contrary to the general understanding of the profession, an interpretation which it has never before received from any judicial authority in the colony, and which would disturb the titles of the owners of property in the country to an extent that cannot be calculated, would seem to me altogether unjustifiable. For these reasons I agree with the Chief-Justice and Mr. Justice AYLWIN in thinking that Appellant ought to be relieved from the judgment of which he complains.

AYLWIN, Justice: I have often had occasion to express my regret at the too frequent citations from the Code Napoléon, and from the commentators, in reference to parts in which it differs from the old law of France, or rather from the law of Lower Canada. In the present case, it appears to me that the error of the judgment which is now to be reversed has arisen from the fact that the 289th art. of the Coutume de Paris, which is the law, and the only law, in this country, has been little thought of, and instead of the practice generally adopted among us with reference to the form of wills, recourse has been had to the Ordonnance des Testaments of 1735, art. 23, which never was in force here, and again to the article 972 of the Code Napoléon. Out of seventeen references which appear in the elaborate opinion of the learned judge whose judgment is now under review, there is but one prior to the Ordinance of 1735, namely the Grande Coutume de Paris. The question which is to be resolved, is shortly, whether the words *dicté et nommé, lu et relu,* which were not in the article 96 of the old Custom of Paris, and are part of the actual Custom in force in Canada, have the effect which they are made to import. Now, the Custom of Paris never did exact, *à peine de nullité,* the observance of the formalities which were prescribed, whereas the Ordinance of 1735, and the article 972, of the Code Napoléon require it. In the Courts of old France, before 1735, these formalities have always been interpreted in such intent as to give effect to a will, where, under other circumstances, they were satisfied that it contained the true expression of the testator by his last dispositions and will. The *arrêts* which have been cited on the part of Appellant shew that the inobservance of the formalities required by the Custom, did not of necessity operate the nullity of a will. But, in truth, in the case at bar, the formalities have been ac-

tually observed according to the true and correct definition of *dicté, nommé et relu*, as intended by the 289th article of the Custom. The mode of executing wills is that which I have always understood, since I have been in practice, which is since the year 1827, and I can assert that I could give, in the shape of an *acte de notoriété,* if it were required, that the evidence of Glackemeyer, and the other notaries at Quebec, is perfectly correct. In like manner was the course followed in 1829, in the case of Robitaille and Bonneville, decided by Chief-Justice SEWELL and the Court at Quebec, and confirmed in appeal by Chief-Justice REID. In the factum of Mr. Langlois, there is a passage which relates to the construction to be put upon the Provincial Statute of Lower Canada of 1801, which I may at once read as it contains my opinion: "D'ailleurs la Coutume de Paris n'exige pas que les formalités dont elle a entouré la faculté de tester, soient observées *à peine de nullité.* Mais l'ordonnance de 1735, et le Code Napoléon, ont chacun un article exprès qui prononce cette nullité. Ordonnance de 1735, art. XLVII : "Toutes les dispositions de " la présente ordonnance, qui concernent la date et la forme " des testaments, codiciles ou autres actes de dernière volonté, " et les qualités des témoins, seront exécutées à peine de nul- " lité." Code Napoléon, art. 1001 : "Les formalités auxquelles " les divers testaments sont assujettis par les dispositions de " la présente section, et de la précédente, doivent être obser- " vées à peine de nullité." Cette nullité ainsi prononcée expressément, tant par l'ordonnance de 1735, que par le Code Napoléon, a, sans doute, influencé la jurisprudence qui s'est formée sous l'empire de ces deux lois, indépendamment des termes exprès qui s'y trouvent. et qui ont été ajoutés au mot *dicter.* Après un examen attentif des huit arrêts qui sont cités plus haut, on ne peut révoquer en doute que, si un testament fait de la même manière que celui de Mme Evanturel, eut été soumis aux tribunaux français avant l'Ordonnance de 1735, il aurait été jugé valide. En effet, ceux qui ont été annulés n'avaient pas été écrits par le notaire, mais seulement reconnus devant eux, et ceux qui ont été maintenus bons, l'ont été malgré que le testateur n'eût pas prononcé ses volontés devant les deux notaires. Ces arrêts rendus en France sous l'empire de la *Coutume de Paris,* où le droit de tester était limité, restreint et vu d'un œil défavorable, ne laissent pas un doute dans l'esprit que le testament mis en question en cette cause y eût été maintenu et déclaré bon et valable. Il doit, à beaucoup plus fortes raisons, l'être d'après notre droit canadien, où l'odieux des déshérences n'existe plus, et où la faculté de tester et de disposer de ses biens jouit d'une faveur et d'une latitude qui ont considérablement modifié l'application

de la *Coutume de Paris* en ce pays, et surtout l'interprétation que l'on doit donner ici à son article 289. L'Honorable Juge, dans ses notes sur la cause, conclut : " Mais encore, dira-t-on, " la loi de 1801 a étendu nos facilités de tester ; elle a, pour " ainsi dire, fait disparaître toutes les réserves, les restrictions " de l'ancien droit, puisqu'aujourd'hui un testateur peut tester " en faveur même d'un étranger au détriment de ceux qu'il " doit avoir de plus cher au monde, de ses enfants, et on en " conclut que les formalités sont devenues moins rigoureuse- " ment nécessaires. Au contraire, disons-nous, plus il est fa- " cile de commettre une injustice, plus les précautions à " prendre pour l'éviter et s'en sauvegarder, doivent être " grandes. Or, on ne niera pas que les formalités de la loi sont " établies, quant à la confection des testaments, pour parer à " toutes possibilités de fraude. Si donc un étranger peut être " héritier ou légataire, nul doute que le chiffre des fraudes " possibles est augmenté, et, suivant moi, c'est une raison de " plus d'adhérer strictement aux formes prescrites par la loi " comme sauvegarde de la fortune des particuliers et de la " société publique." Cette opinion se trouve réfutée d'avance par trois des plus éminents juges dont ce pays s'enorgueillit avec raison. Voici comment le juge Reid s'exprimait, le 19 octobre 1824, dans la cause de *Ruiter et al.*, vs. *May et al.*: " It is fortunate for His Majesty's subjects in this country, " that a greater simplicity of form in wills has been intro- " duced here than existed in France, as the intentions of a " testator will be less liable to be frustrated by the inatten- " tion or ignorance of a Notary, as must have been the case " here, had not the laws of England come in to secure them." Sir L. H. Lafontaine entretenait les mêmes vues sur ce sujet. Dans la cause de *Lambert* et *Gauvreau*, (1) il a écrit les

(1) La sect. 10 du ch. 83 des stat. impériaux de 1774, 14 Geo. III, intitulé " acte qui règle plus solidement le gouvernement de la province de Québec dans l'Amérique Septentrionale," était en ces termes : " Il sera et pourra être loisible à toute et chaque personne, propriétaire de tous immeubles, meubles ou intérêts, dans la dite province, qui aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts, pendant sa vie, par ventes, donations, ou autrement, de les tester et léguer à sa mort par testament et acte de dernière volonté, nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraires, qui ont prévalues, ou qui prévalent présentement en la dite province ; soit que tel testament soit dressé suivant les lois du Canada, ou suivant les formes prescrites par les lois d'Angleterre.

La sect. 1 du ch. 4 des stat. du Bas-Canada de 1801, 41 Geo. III, intitulé " acte pour expliquer et amender la loi, concernant les testaments et ordonnances de dernière volonté," était en ces termes : " Il est et sera loisible à toutes personne ou personnes saines d'entendement et d'âge, usant de leurs droits, de léguer et disposer, par testament ou actes de dernière volonté, soit entre conjoints par mariage en faveur de l'un ou de l'autre des dits conjoints, soit en faveur de l'un ou plusieurs de leurs enfants à leur choix, ou en faveur de qui que ce soit, de tous et chacuns leurs biens, meubles ou immeubles, quelque soit la tenure des dits immeubles, et soit qu'ils soient propres, acquêts ou con-

lignes qui suivent: " Depuis l'année 1774, nous avons une troi- " sième espèce de testament, celle qui était alors autorisée par " les lois d'Angleterre. Il est à remarquer que le statut de " 1774, non-seulement introduit une nouvelle forme de tester,

quêts, sans aucune réserve, restriction et limitation, nonobstant toutes loix, coutumes et usages à ce contraires. Pourvu, néanmoins, que le testateur ou la testatrice, étant conjoint ou conjointe par mariage, ne pourra tester que de sa part des biens de sa communauté ou des biens qui lui appartiendront autrement, ni préjudicier par son testament aux droits du ou de la survivante, ou au douaire coutumier ou préfix des enfants. Pourvu aussi, que le droit de tester, tel que dessus spécifié et déclaré, ne pourra être considéré s'étendre à donner pouvoir de léguer et donner par testament ou ordonnance de dernière volonté, en faveur d'aucune corporation ou autres gens de main morte, excepté dans le cas où telle corporation ou gens de main morte auront la liberté d'accepter et recevoir suivant la loi.

Un testament passé devant un notaire et deux témoins, dont l'un n'est âgé que de treize ans dans la forme suivante : " Par devant le notaire public de la province du Bas-Canada, résidant en la paroisse de St Antoine de la Rivière du Loup, soussigné, et témoins ci-après nommés. Fut présent Léger Lambert, lequel a fait, dicté et nommé son dit testament au dit notaire, en présence des dits témoins de la manière suivante," et se terminant comme suit : " Ce fut ainsi fait, dicté et nommé par le dit testateur au dit notaire, qui l'a rédigé par écrit en la dite paroisse de la Rivière du Loup, en la demeure du dit testateur, et à lui lu et relu, ce qu'il a dit bien entendre et comprendre et y a persisté, l'an mil huit cent trente-sept, le sixième jour du mois d'avril après-midi, en présence de Désiré Lemaître Angé, écuyer, et Philippe Dionne, commis, résidant en cette dite paroisse, témoins pour ce appelés qui ont signé avec le dit testateur, et nous notaire, après lecture faite. Signé, Léger Lambert, D. Lemaître Angé, Philippe Dionne, P. Basin, N. P." Ne peut valoir comme testament solennel, parcequ'un des témoins n'a pas l'âge de 20 ans accomplis, mais il est légal et suffisant suivant les dispositions des lois d'Angleterre suivies à cet égasd dans le Bas-Conada. (*Lambert* vs. *Gaurreau et ux.*, Cour du Banc de la Reine, en Appel, Trois-Rivières, 1er juillet 1857. LAFONTAINE, juge en chef, AYLWIN, DUVAL et CARON juges, confirmant le jugement de la Cour Supérieure, 10 juillet 1854. BOWEN, juge en chef, D. MONDELET et C. MONDELET juges, 5 *R. J. R. Q.*, p. 244.) L'art. 289 de la coutume de Paris est en ces termes : " Pour réputer un testament solennel, est nécessaire qu'il soit écrit et signé du testateur ; ou qu'il soit passé par devant deux notaires, ou par devant le curé de la paroisse du testateur, ou son vicaire général, et un notaire ; ou du dit curé ou vicaire, et trois témoins ; ou d'un notasre et deux témoins ; iceux témoins idoines, suffisants, mâles et âgés de vingt ans accomplis, et non légataires ; et qu'il ait été dicté et nommé par le testateur aux dits notaires, curé ou vicaire-général, et depuis à lui relu en la présence d'iceux notaires, curé ou vicaire-général et témoins, et qu'il soit fait mention au dit testament, qu'il a ainsi été dicté, nommé et relu, et qu'il soit signé par le dit testateur, et par les témoins, ou que mention soit faite de la cause pour laquelle ils n'ont pu signer." Sous l'empire de la coutume de Paris, nous ne pouvions, avant le statut impérial de 1774, reconnaître en ce pays que deux formes de testament ; le testament solennel, ou authentique, fait avec l'assistance d'un officier public, tel que le prescrit l'article 289 de cette coutume, et le testament olographe dont il est question au commencement du même article, et qui doit être dûment écrit et signé par le testateur ; une personne ne pouvait tester, sous la forme mystique ou sous la forme nuncupative, ainsi qu'il était permis de le faire dans les pays de droit écrit en France. Nous en avons la preuve dans l'arrêt du parlement de Paris du 15 mars 1639 qui déclare nul le testament de Champlain, qui avait été fait dans la ville de Québec, dont il était le fondateur et " en présence de huit témoins et d'un nommé de la Ville, se disant greffier de ce lieu, testament conçu en la première personne et écrit par un qui ne s'était nommé " (2 Bardet, liv. 8, ch. 13.) Depuis 1774, nous avons une troisième espèce de testament, celle qui était alors autorisée par les lois

" mais que joint à celui de 1801, il donne aux Canadiens la
" faculté illimitée de disposer de tous leurs biens, en faveur
" de qui bon leur semble, par testament, soit solennel ou au-
" thentique, soit olographe, soit fait suivant les *formes an-*

d'Angleterre. Il est à remarquer que le statut de 1774, non seulement introduit une nouvelle forme de testament, mais que, joint à celui de 1801, il donne aux Canadiens la faculté illimitée de disposer de tous leurs biens en faveur de qui bon leur semble, par testament, soit solennel, ou authentique, ou olograpue, soit fait suivant les formes anglaises. Il n'y a plus de restrictions ni de réserves coutumières auxquels il soit défendu de toucher. Le droit de tester est donc devenu dans nos lois un droit favorable, tellement favorable que ce serait contrevenir à l'esprit et à la lettre de ces lois que de chercher à en restreindre l'exercise par simple voie interprétative et pour l'application de règles défendues, il est vrai, par quelques auteurs, mais généralement répudiées en France même dans l'ancien droit. La règle de droit anglais relative à la forme de testament introduite dans ce pays par l'acte impérial de 1774, est celle qui se trouve dans la sec. 5 du statut des fraudes de Charles II, qui est en ces termes : " That all devises and bequests of any lands or tenements, shall be in writing, and signed by the party so devising the same, or by some other person in his presence, and by his express directions, and shall be attested and subscribed in the presence of the said devisor by three or four credible witnesses, or else they shall be utterly void and of none effect." Cette forme de testament n'était pas inconnue dans l'ancienne législation française, que [illegible] pays de droit écrit, et qui permettait de tester sous la forme mystique ou sous la forme nuncupative. Ces formes avaient *leur* origine dans le droit romain. L'écriture était de l'essence du testament mystique mais elle ne l'était pas dans le testament nuncupatif. Cependant, depuis l'ordonnance de Moulins, qui rejette la preuve testimoniale au-dessus de 100 livres, il en a été autrement ; car, au lieu qu'il se faisait verbalement et par une expression vocale, il fallait par nécessité le faire par écrit depuis cette ordonnance, notamment dans le ressort du parlement de Paris. Tellement que le testament que nous appelons noncupatif, n'est point le testament noncupatif des Romains, mais une nouvelle forme de testament qui n'était ni solennel, ni nuncupatif, et mixte et composé, en tant qu'il tient quelque chose de la forme des deux. L'ordonnance des testaments de 1735 n'a pas été enregistrée au Canada. Cette ordonnance n'a pu que régulariser et rendre plus précises des formalités qui existaient déjà. Sous le code Napoléon, un testament peut être olographe ou fait par acte public ou dans la forme mystique (art. 969) Pour être olographe, il faut qu'il soit " écrit en entier, daté et signé de la main du testateur " (art. 970.) Pour être fait par acte public, il faut qu'il soit reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins (art. 971.) Quant aux formalités exigées pour la validité du testament mystique, l'art. 976 du code reproduit littéralement la sec. 9 de l'ordonnance de 1735, à la différence, quand au nombre de témoins, qu'il n'exige que *six témoins au moins*, outre le notaire. Par la jurisprudence française, tant dans l'ancien que dans le nouveau droit, un testament qui avait été rédigé sous une forme et qui se trouvait nul, soit à raison d'incapacité dans la personne qui l'avait reçu, ou dans celle de l'un des témoins, ou à raison de quelqu'autre défaut, pouvait néanmoins valoir sous une autre forme, si il réunissait toutes les conditions requises sous cette dernière forme, reconnue par la loi. Lorsque, sur la matière des testaments, le Canada était exclusivement régi par la coutume de Paris, la question n'a pas pu se présenter, puisque nous n'avions que le testament olographe qui devait être entièrement écrit et signé par le testateur, et le testament solennel qui était écrit par un officier public. L'on sent que si ce dernier testament était nul par quelques défauts de forme, il était atteint d'une nullité absolue en entière, vu qu'il n'existait aucune autre forme de testament en laquelle il put valoir. Mais il n'en était pas de même dans les pays de droit écrit, et il n'en est pas de même en France, aujourd'hui, sous l'empire du code Napoléon, qui permet de disposer par la voie du testament mystique. Lorsqu'une personne adopte la forme authentique pour faire son

" *glaises*. Il n'y a plus de restrictions, ni de réserves coutu-" mières auxquelles il soit défendu de toucher. Le droit de " tester est donc devenu dans nos lois un droit favorable, " tellement favorable que ce serait contrevenir à l'esprit et à " la lettre de ces lois, que de chercher à en restreindre l'exer-" cice, etc., etc." Puis enfin, dans la même cause, à la page 304, l'honorable juge Aylwin s'exprime comme suit : " Il ré-" sulte de ce qui précède, que l'on se départait quelquefois " de la règle de la *Coutume de Paris*, sous un régime où " la faculté de tester était restreinte. A plus forte raison, en " Canada, où depuis le Statut Impérial de 1774, les formes " anglaises ont été admises pour les testaments, et où de-" puis le Statut Provincial de 1801, la faculté de tester est " illimitée, les testaments sont beaucoup plus favorables." Mais, dira-t-on peut-être, il n'y a pas de similitude entre ces deux causes de *Ruiter et al.*, et *May et al.*, et de *Lambert* et *Gaureau*, et la présente ; la Cour a décidé, dans ces deux cas, qu'un testament nul comme testament solennel, pouvait néanmoins être invoqué et maintenu s'il était revêtu des caractères

testament, il est presumé vouloir faire un testament authentique. Cependant s'il perd ce caractère, par suite de quelques vices dans l'acte de suscription, il n'en vaudra pas moins comme testament olographe, s'il est entièrement écrit et signé par le testateur. Il y a donc dans ce cas conversion d'un testament rédigé dans une forme en un autre testament qui emprunte alors sa validité à une autre forme, le même que cela avait lieu dans l'ancien droit pour les pays de droit écrit. Un testament reçu devant un notaire et deux témoins, peut, s'il est nul comme testament authentique, valoir comme testament suivant les lois d'Angleterre, le notaire peut être considéré comme le troisième témoin. En France, dans les pays de droit écrit, le notaire, quoique agissant en cette qualité, était compté, dans des cas analogues, parmi les témoins pour en compléter le nombre requis. Le statut des fraudes n'exige que trois témoins. D'après le droit anglais, il n'est pas nécessaire que le testament soit formellement publié, il suffit que le testateur indique qu'il entend donner au document l'effet d'un testament. Il n'est pas nécessaire que le testament exprime que les témoins ont signé en présence du testateur ; si la chose est prouvée, cela suffit. Cela peut aussi résulter de l'apparence régulière du document et d'autres circonstances. Il n'est pas non plus nécessaire que les témoins signent en présence l'un de l'autre et en même temps, où qu'ils voient le testateur signer ou l'entendant reconnaître le document comme son testament, ou qu'ils sachent même ce que contient ce document, pourvu qu'ils signent en la présence du testateur, et à sa demande. (*Idem*, opinion de LAFONTAINE, juge en chef, p. 246.) Il n'est pas certain qu'un testament reçu par un notaire en présence de deux témoins, dont l'un n'est pas âgé de 20 ans, soit absolument nul, comme testament authentique ; car, quoique l'art. 289 de la coutume de Paris exige que les témoins testamentaires aient au moins 20 ans accomplis, les parlements en France, ne regardaient pas cette formalité comme absolument nécessaire dans certains cas particuliers. L'on s'est départi quelque fois de la règle de la coutume de Paris, sous un régime où la faculté de tester était restreinte. A plus forte raison au Canada, où depuis le statut impérial de 1774, les formes anglaises ont été admises pour les testaments et où, depuis les statuts provinciaux de 1801, la faculté de tester est illimitée, les testaments sont beaucoup plus favorables. D'après la forme anglaise, lorsqu'un écrit, quoique informe, se trouve contenir ce que le testateur a entendu être une disposition définitive de ses biens, pour avoir son effet à sa mort, on l'admet à la preuve. (*Idem*, remarques de AYLWIN, juge, p. 259.)

qui en font un testament valable d'après le droit anglais. Il est vrai que le testament dont il s'agit ici, ne réunit pas un des caractères essentiels, pour qu'il soit bon en droit anglais, pour transmettre des biens immobiliers, (*real estate*), mais cela dépend d'une circonstance qui est tout-à-fait accidentelle, savoir, du fait qu'il a été passé devant deux notaires, au lieu d'avoir été reçu devant un notaire et deux témoins. En effet, sous l'empire de la Coutume de Paris, on a toujours considéré que le concours du second notaire équivaut à celui de deux témoins, et que lorsque le testament est passé devant deux notaires, le témoignage du second notaire instrumentaire a la même valeur que celui de deux témoins appelés à la rédaction d'un testament. Sous ce point de vue, il y a donc similitude entre les causes, et les opinions des jurisconsultes canadiens que nous avons citées, sont donc applicables au présent cas. Nous avons dit que la différence n'était qu'accidentelle ; en effet, d'après le droit tel qu'il existait en Angleterre à la date du testament de Mme Evanturel, deux témoins à un testament suffisaient pour transmettre des biens immeubles, et tel qu'il était en force en ce pays, deux témoins à un testament était le nombre suffisant pour transmettre des biens mobiliers. (*personalty*) Bien plus encore, notre législature canadienne dans sa dernière session, c'est-à-dire trois ans après la date du testament dont il s'agit, a declaré que le testament dans la forme anglaise peut se faire devant deux témoins. Dans la considération de l'importante question dont il s'agit, il ne faut pas perdre de vue le courant législatif qui s'est formé tant en France qu'en Angleterre, et en ce pays sur la faculté de tester, ni les idées qui l'ont provoqué. D'une part on voit qu'en France, la législation a de plus en plus restreint cette faculté. On a cherché à l'entourer de formalités de plus en plus rigoureuses pour favoriser la transmission des biens aux héritiers légitimes. De l'autre, en l'Angleterre, comme en Canada, on a simplifié les formalités des testaments, en diminuant graduellement le nombre de témoins requis pour cet objet. D'après le droit nouveau, en France, il est nécessaire que le testateur prononce ses volontés devant deux notaires et deux témoins, ou un notaire et quatre témoins ; tandis que la loi anglaise reconnaît comme suffisante la déclaration que fait le testateur à deux témoins que l'écrit qu'il leur demande d'attester, contient son testament. Que ce testament soit écrit par lui ou par un tiers, cela est indifférent, il n'est pas même nécessaire que les témoins en prennent communication ; ils ne font qu'attester le fait que le testateur leur a déclaré que c'était son testament. Mais en réalité, l'introduction en Canada du droit de tester suivant le droit anglais a considérablement modifié l'interprétation à donner à l'article 289 de la Coutume de Paris. Il

existe dans le Bas-Canada, depuis un temps immémorial, comme il a été prouvé dans cette cause, un usage qui a reconnu valides les testaments faits comme celui dont il s'agit. Cet usage doit faire loi sur la matière, soit qu'on le considère comme abrogeant une *loi claire et expresse,* si toutefois le texte de la Coutume, en employant les mots *dicté et nommé,* comportait nécessairement et clairement l'obligation du notaire d'écrire en présence de son confrère les paroles du testateur, à mesure qu'il les prononcerait, soit qu'on l'envisage comme règle d'interprétation. Pour établir cette proposition, que dans un cas comme dans l'autre, cet usage fait loi, il suffit de référer à Ferrière et à Domat." (1) With reference to this Lower Canada Act of Legislation, it was stated in the argument by one of the Counsel of the Respondent, that it was not entitled to such great consideration, as being contrary to the principles of the French law. I differ from this view *toto cœlo,* such was also the opinion of my much valued friend and colleague, the late Sir Louis-Hypolite Lafontaine. I am happy to give an answer in his own hand writing to a question which I had put with reference to the history of this law, as it passed in the Parliament of Lower Canada. Acte de 1801 concernant les testaments. 1801, janvier 12, bill introduit par M. le Juge PANET. 16, renvoyé à un comité spécial de 9 membres sur motion du même. 27, M. le Juge Panet présente le rapport du comité spécial que le comité avait passé le bill sans amendement. Mars, 5, plusieurs amendements faits en comité général. 9, le bill grossoyé, est lu pour la troisième fois, et, sur motion de M. Young, secondé par M. Berthelot, les troisième et quatrième provisos sont retranchés. Puis, sur motion de M. le Juge Panet, le bill passe, 14 contre 4. 20, message du Conseil Législatif qu'il a passé le bill sans aucun amendement. Avril, 8. Le Gouverneur sanctionne le bill.

I find that the names of Panet and Berthelot are both connected with the making of this law, and that Mr. Panet himself was the author of the bill, and is entitled to the honour of introducing this most useful act of legislation, which gave back to Canada the *droit écrit,* at the same time that it did not injure the custom of Paris, and restored the old law of Rome blended with British institutions. It is canadian law which France has yet to gain when it can take a lesson from the Panets and the Berthelots of our parliament, and there is nothing for us to learn from France, in this respect. The learned judge who decided this cause referred in his judgment to the project of the code civil du Bas-Canada. I must again

(1) 1 Ferrière, grand coutumier, pp. 1, 2, 3, 4 : Domat, cap. 12, Nos. 4 et 5, p. 24.

dissent from any such citations. According to law it is the project which is to be cited, not by the codifiers, but by the judges. The consolidated statute of Lower Canada, ch. 2 sec. 6, enacts: " In framing the said codes, the said commissioners shall embody therein such provisions only as they hold to be then actually in force, and *they shall give the authorities on which they believe them to be so*; they may suggest such amendments as they think desirable, but shall state such amendments separately and distinctly, with the reasons on which they are founded." I shall only say, at present, that the project is in embryo; it will be high time to cite the code, when it shall have the sanction of the legislature. In the mean time, and, until the work shall be ended, I say enough for the day is the evil thereof. But, if regard is to be had to the project, the opinion is directly against the learned judge: " Le testament " sous forme authentique doit être dicté et nommé par le tes- " tateur aux notaires, et écrit conformément en leur présence. " Il doit être lu deux fois au testateur et par lui signé en " présence des témoins. Il doit y être fait mention de l'accom- " plissement de ces formalités, *sans qu'aucune formule à cet* " *effet soit de rigueur*." I believe that there must be a commentator, to this article, required at the very outset. What is the meaning of the *formule?* In conclusion, I must notice the judgment of this court in the case of Desforges and Dufaux, *et al.*, (11 R.J. R.Q., p. 278 et *infra*, p. 441), although I dissented, in that case it was decided: " 1° That, in Lower Canada, a law may be abrogated by disuse; and that the provisions of the ordinance of 1498, and of the ordinance de Blois, 1579, in so far as they require the presence of a second notary to the execution of a notarial act, have been so abrogated, and that, consequently, a notarial act is neither *faux* nor *nul*, from the *minute* having been countersigned several years after it was executed, the *minute* having been signed by the parties; the whole without fraud, and the *minute* having been presented to the second notary, by the *notaire instrumentaire* himself. 2° That, in the case submitted, the countersigning by the second notary, after the death of the appraiser, Dorval, who was not a necessary witness to the *préambule* of the inventory, attacked as *faux*, cannot be held to be a *moyen de faux sérieux*. 3° That a protest made by a third party, assignee of a creditor of a party to the *acte*, ought not necessarily, in the case submited, to have prevented the second notary from validity signing the *minute* presented to him by the *notaire instrumentaire*. 4° That the copy of the minute having only been produced as an exhibit on the 23rd of March, 1858, after the countersigning of the second notary, which had taken place on the 16th of the same month, could not by reason thereof

be considered as *fausse* at the time of its production. This is a case much stronger against the *faux*, where even the circumstance of *à peine de nullité* is expressly enacted. After this decision I can have no difficulty whatever in giving my opinion to reverse the judgment now under consideration.

JUDGMENT : " La cour, considérant qu'il est établi, par la preuve sur l'inscription en faux faite par les Demandeurs en faux, contre le testament de Marie-Anne Bédard, passé devant Petitclerc et son confrère, notaires, à Québec, le 18 mai 1861, que le dit testament a été dicté et nommé par la dite Marie-Anne Bédard aux dits notaires, suivant et conformément à la loi, et doit être exécuté suivant sa forme et teneur, et que dans le jugement prononcé par la Cour Supérieure à Québec, le 5e jour de septembre 1864, qui maintient la dite inscription en faux, il y a erreur: Cette cour annule et infirme le dit jugement, et procédant à prononcer le jugement que la Cour Supérieure aurait dû rendre : cette cour déboute Emilie Malvina Evanturel et Edouard Rémillard, (Demandeurs en faux,) de leur dite inscription en faux, qui est, par ces présentes, renvoyée, avec dépens. *Dissentientibus :* L'hon. M. le juge DRUMMOND et l'hon. juge MONDELET."

The Appellants applied for leave to appeal to Her Majesty in council from this judgment before proceeding *at enquête* and for trial of the other issues in the cause, which application the court refused. The cause was then remitted to the Superior Court,and tried upon the other issues which related to the testamentary capacity of the testatrix, and the Superior Court, TASCHEREAU, Justice, after taking evidence, on the 16th May, 1866, dismissed the Appellant's action with costs.

Here follow the remarks and the judgment of the Superior Court in rendering the last mentioned judgment ;

TASCHEREAU. Juge : La cause actuelle m'est soumise pour sur certains points dont la discussion, par le jugement de la Cour du Banc de la Reine, ne pouvait avoir lieu en même temps que l'inscription de faux. La Cour d'Appel, par son jugement du mois de juin, 1865, a renvoyé cette inscription de faux, déclaré que la rédaction du testament de madame Evanturel, attaqué par cette inscription, avait été accompagné des formalités légales, et que le testament avait été dicté et nommé conformément à la loi. Quoique ce jugement n'ait été prononcé que par une majorité d'une voix par un tribunal composé de cinq juges, il a et doit avoir, vis-à-vis de tous, la même force que s'il eût été unanime. Tous, parties et juge, lui doivent respect et soumission à un même degré. Ce même jugement a également ordonné que les Demandeurs procédassent à la preuve des autres moyens par eux invoqués à l'encontre de la

légalité de ce testament savoir : ceux consistant en allégations de l'incapacité de madame Evanturel de faire ce testament, des reproches de suggestions et de captation faits au Défendeur. Les Demandeurs par cette partie de leur réponse spéciale à l'exception péremptoire en droit perpétuelle du Défendeur qui a trait à ces moyens, disent que ce testament n'est pas l'expression de la volonté de madame Evanturel, p[illegible] que, lors de sa confection, elle était attaquée, depuis plus d'un an, d'une maladie qui avait affaibli ses forces physiques et influé sur son esprit, affaibli ses facultés mentales, enlevé l'énergie et la force nécessaires pour posséder une volonté distincte et pour l'exprimer clairement, et pour résister aux suggestions du Défendeur. Les Demandeurs allèguent que, même avant sa maladie, madame Evanturel, vu son peu de connaissance et d'éducation, n'aurait pu faire un testament comme celui invoqué par le Défendeur. Ils allèguent que, depuis plusieurs années avant la date du testament, le Défendeur, fils unique de la testatrice et aîné de sa famille, avait usurpé un contrôle absolu sur sa mère, sur tous ses biens, et qu'il avait, par des moyens illégaux, capté la faveur de sa mère, réussi à éloigner ses sœurs et leurs époux de la présence de leur mère, et à indisposer cette dernière contre ses enfants, (filles et gendres), [illegible]'empêcher de partager sa fortune également entre tous s[illegible]fants, comme elle avait l'intention de faire, et ce pour s[illegible]rer la totalité de la succession de sa mère. Ils allèguent que, si madame Evanturel a consenti à ce testament, elle ne l'a fait que pour céder aux menaces et suggestions du Défendeur. Ils énoncent que madame Evanturel a déclaré regretter ce testament et s'être laissée surprendre, et que le Défendeur, dans le but d'empêcher sa mère de changer son testament, a éloigné les étrangers de sa mère, et qu'il s'est opposé à ce qu'elle laissât sa demeure (celle du Défendeur). Et les Demandeurs concluent au rejet de ce testament. Comme on peut s'en convaincre, les reproches des Demandeurs sont sévères, graves et pertinents, et de nature à invalider ce testament, si la preuve corrobore ces allégations de conduite frauduleuse, de captation et de suggestions de la part du Défendeur, accompagnées de faiblesse de volonté et d'intelligence chez la testatrice. L'enquête a constaté un assez grand nombre de faits que je réciterai comme préparation au commentaire et à l'appréciation des faits de fraude et de suggestion et captation reprochés au Défendeur. Madame Evanturel était une personne sans éducation, pouvant lire l'impression, mais ne sachant ni écrire ni signer son nom. Sans être douée d'une haute intelligence, elle avait un excellent jugement et un excellent caractère, mais bien déterminée, et, suivant l'expression énergique d'un témoin, " *quand elle avait dit oui, c'était oui.*" Elle avait épousé, en 1820, François

Evanturel, son mari, décédé en 1852, et, de son mariage avec lui, sont nés cinq enfants, y compris la Demanderesse et le Défendeur. M. Evanturel, père, laissa une fortune assez considérable à sa mort, arrivée en mai, 1852, et, par son testament du 13 mai, 1852, M. Evanturel laissa au Défendeur l'usufruit de sa moitié dans un emplacement situé sur la rue St. Louis, à Québec, et la propriété aux enfants du Défendeur. Il laissa à sa femme, madame Evanturel (la testatrice), la jouissance et usufruit du reste de tous ses autres biens meubles et immeubles, à la charge de payer une rente annuelle et viagère de £60 à chacune de ses filles, et reversible sur le mari de celle de ses filles qui décéderait avant sa dite épouse, et il donna la jouissance du reste de ses biens meubles et immeubles à ses enfants, par part égale, et la propriété aux enfants de ses enfants, et il fit, de plus, quelques autres dispositions assez peu importantes. Le 14 mai, 1852, madame Evanturel fit un premier testament, absolument semblable à celui de son mari, *mutatis mutandis*, et, quatre jours après, M. Evanturel quitta cette vie. De 1852 à 1860, il ne s'est rien passé d'extraordinaire. Mais, en juin, 1860, M. Rémillard épousa son épouse actuelle, Emilie Malvina Evanturel. Il y a preuve que, lors de la réunion de famille, à la suite du mariage, quelques discussions un peu vives eurent lieu entre le Demandeur et le Défendeur, mais qui ne parurent pas avoir pour le moment aucun résultat fâcheux. Madame Evanturel, mère, eut, en l'été 1860, quelques semaines après le mariage de M. et madame Rémillard, une forte attaque de choléra du pays dont elle faillit mourir, et qui eut pour résultat de l'affaiblir considérablement et physiquement. En novembre, 1860, Rémillard eut avec madame Evanturel une entrevue privée, dans laquelle il avoue avoir eu pour but de solliciter et d'obtenir la pratique de sa belle-mère comme avocat, ce qui lui fut refusé, et, à la suite, il écrit (le 19 novembre, 1860) au Défendeur une lettre très-sévère, contenant des reproches très graves et des menaces de vengeance, lettre que son habile avocat a déclaré regretter sincèrement. Cette lettre fut communiquée par le Défendeur à sa mère, avec déclaration de trois alternatives, ou de cracher à la figure du Demandeur, ou de le provoquer en duel, ou de le traiter avec le plus profond mépris. Sur ce, ou à la suite de cette conversation, déclaration est faite par madame Evanturel que ceux qui maltraiteraient son fils s'en repentiraient. Le 1er décembre, 1860, par acte devant Philippe Huot et confrère, N. P., madame Evanturel fait au Défendeur une donation entrevifs de ses droits d'usufruit et de propriété dans l'emplacement ci-dessus énoncé, situé rue Saint-Louis, et ce, en considération de son affection. L'intelligence et les bons rapports avaient existé dans la famille depuis le mariage de Rémillard, en juin, 1860, jusqu'à

cette fatale lettre : il y avait tous les dimanches soir chez madame Evanturel réunion avec souper, à laquelle prenaient part toutes ses filles et leurs maris, et assez rarement le Défendeur. Rémillard cessa d'y prendre part dès la fin de l'année 1860, et les autres filles et gendres, dès le printemps 1861, n'y assistaient pas aussi régulièrement, et, en 1862, ces réunions avaient complètement cessé. Enfin, en mai, 1861, madame Evanturel fait son testament en question en cette cause, dont le dispositif principal est qu'elle donne l'usufruit de tous ses biens au Défendeur, la propriété aux enfants du Défendeur, confirme et ratifie la donation ci-dessus, le tout à la charge d'une rente annuelle et viagère de £25 à chacune de ses filles, et une rente annuelle et viagère de £15 à chacune de ses trois sœurs, (de la testatrice) et la testatrice voulut et ordonna que ceux de ses légataires qui contesteraient son testament fussent déchus de tous leurs droits à sa succession, et décharge le Défendeur de l'obligation de rendre compte de sa gestion et administration de ses biens, et nomme le Défendeur son exécuteur, et, à son défaut, Jacques Crémazie, recorder de cette ville. Après ce court exposé historique, je dois en venir aux points principaux de la cause, soulevés d'un côté et combattus de l'autre avec une habileté qui fait également honneur aux avocats de la cause. Mais avant, j'exprimerai encore une fois mon regret, savoir, que le testament en question n'ait pas été suivant moi dicté et nommé conformément à la stricte interprétation de la loi, alors nous aurions pour nous guider dans l'appréciation de l'état physique et mental de la testatrice, et des moyens de suggestion et captation, des données certaines, non équivoques, sur la mémoire, le jugement et l'entendement de la testatrice. Infailliblement, si on eût suivi à la lettre (et non par équipollence) les formes prescrites, nous n'aurions pas aujourd'hui à faire une enquête sur l'état mental d'une femme infiniment respectable, et sur les faits de fraude, captation et suggestion reprochés au Défendeur ; cet état d'incertitude aurait disparu comme un souffle devant l'expression légalement détaillée par la testatrice de ses dernières volontés. À défaut de cela, il me faut, dans un labyrinthe de preuves, de conjectures, de suppositions, toutes plus ou moins plausibles, rechercher la vérité et adjuger suivant des circonstances incertaines, parce qu'elles ne sont pas constatées légalement, et qu'elles sont plus ou moins voilées d'un masque. Au juge, dans de semblables circonstances, est imposée une tâche difficile, et pouvant presque conduire à l'arbitraire, suivant ses appréciations de la valeur des preuves qui lui sont offertes. Les prétentions des Demandeurs résultant de la preuve sont, que le Défendeur avait un immense intérêt à obtenir la riche succession de sa mère, parce qu'il n'avait pas de ressources privées, ne faisant

rien par sa profession d'avocat qu'il ne suit pas, qu'il menait un gros train de vie avec une nombreuse famille ; qu'ayant eu la gestion et administration des biens de toute sa succession, il vivait aux dépens de sa mère, et n'aurait pu consentir à tomber de si haut sans faire un suprême effort pour conserver tous ses avantages. Les Demandeurs en concluent qu'il a dû faire des efforts inouis, quoique cachés et dissimulés, pour obtenir, sur l'esprit d'une mère faible, un ascendant tel qu'il pût l'engager à changer son premier testament qui contenait une distribution à peu près égale entre tous les enfants de la testatrice, et y substituer un autre testament par lequel lui, le Défendeur, aurait la part du lion. Les faits principaux invoqués par les Demandeurs pour en venir à ces conclusions, sont : 1o. la faiblesse physique et mentale de madame Evanturel, et son isolement, puisque trois personnes seules étaient admises dans son intimité. Que la maladie dont elle est morte, savoir, paralysie progressive, datait dès avant 1861, et remontait à 1860, et que la faiblesse physique qui en a été la suite a dû produire le même effet sur son moral et la rendre une proie facile à la cupidité du Défendeur. Que, lors du testament, elle était dans un grand état d'exaltation, non pas folle, mais très faible, et était sous l'influence de l'idée qu'on voulait la faire passer pour folle. Les Demandeurs tirent du fait qu'en l'été 1861 (une couple de mois après la confection du testament), le Défendeur ayant requis le Dr. Landry, de Québec, de constater l'état mental de sa mère, un argument contre la bonne foi du Défendeur, et invoquent ce fait comme prouvant qu'à l'époque du 18 mai, 1861, madame Evanturel était déjà très faible d'intelligence. Ils disent que, dès le mois d'avril 1862, elle était devenue morose, parlant peu, si faible qu'elle n'aurait pu s'occuper d'affaires, et ayant oublié une partie de ses dispositions testamentaires. Les Demandeurs invoquent, et avec force, le premier testament de 1852, par lequel elle distribuait tous ses biens également entre tous ses enfants, testament qu'elle a laissé subsister jusqu'en mai, 1861, pour alors le révoquer, lorsqu'elle avait, suivant eux, perdu une grande partie de son énergie et de sa volonté. Les Demandeurs défient le Défendeur d'expliquer la cause de ce changement dans les dispositions de ce testament ; ils prétendent qu'en 1852, elle était juste parce qu'elle était forte, et qu'en 1861, devenue faible, elle a consenti à une injustice manifeste. Ils prétendent qu'en plusieurs occasions, madame Evanturel aurait regretté ce dernier testament. Que ce changement ne s'explique que par les plaintes du Défendeur contre ses sœurs et ses beaux-frères, par les dénigrements qu'il n'a cessé de faire de ses co-héritiers, en disant qu'ils voulaient ternir le nom de sa mère et la faire passer pour folle. Ils

allèguent que, dans une occasion, le Défendeur aurait dit à sa mère, en parlant de M. Suzor, "*chassez-moi cette canaille.*" Que le Défendeur a bien su utiliser la malencontreuse lettre de Rémillard, de novembre, 1860, pour opérer sur l'esprit de madame Evanturel, et lui faire consentir, quelques jours après, une donation partielle, suivie, en mai, 1861, du testament en question en cette cause; que, dès ce moment, a commencé toute la difficulté. Ils prétendent que, depuis 1863, époque à laquelle madame Evanturel est venue demeurer chez le Défendeur, celui-ci a écarté ses sœurs et beaux-frères, leur a fermé la porte, ainsi qu'aux étrangers, et ce dans le but d'empêcher madame Evanturel de revenir sur son testament, et qu'en autant le Défendeur a eu le champ libre et a réussi dans ses desseins. Ils prétendent que le Défendeur s'est servi d'un de ses enfants pour faire demander à M. Casault, avocat, de venir voir sa mère, et ils en concluent manœuvres frauduleuses, dol et suggestion. Ils prétendent que le Défendeur a jeté à la porte madame Lépine, amie intime de madame Evanturel, et qu'elle aurait dit qu'elle avait été forcée de faire des papiers. Enfin, ils prétendent que la mère affaiblie par la maladie, au moral comme au physique, pouvait être et a dû être influencée par un fils unique, au point de les déshériter pour ainsi dire. Encore une fois, reproches graves, faits sérieux, pertinents, suffisants pour annuler le testament, s'ils sont justifiés par la preuve, et s'ils ne sont expliqués aussi par la preuve. Il ne faut pas perdre de vue, en thèse générale, dans l'appréciation des faits et des prescriptions qui sont invoqués en semblables matières, certains principes dont j'émettrai les suivants: 1° Que tout individu a le droit de disposer comme bon lui semble de ses biens, sans être obligé d'expliquer ses motifs, ses raisons. 2° Que tout testateur est supposé être, au moment de son testament, en possession de son intelligence à un degré suffisant pour tester d'une manière légale, en un mot, que la possession de l'intelligence est l'état normal de l'être humain, à moins que cet individu n'ait été privé de l'exercice du droit de tester par une interdiction judiciaire. 3° Que, comme corollaire de la dernière proposition, il incombe à celui qui attaque un testament comme fait par une personne incapable de tester, par suite de faiblesse d'esprit, de prouver cette faiblesse d'esprit, et que le légataire n'a qu'à se tenir sur la défensive. 4° Que le testament *ab irato* n'est pas par lui-même frappé de nullité, à moins qu'il ne soit le fruit du dol, de la suggestion et de la captation. Avec ces principes que j'appliquerai à la cause, le Défendeur peut répondre que l'intérêt seul que le Défendeur pouvait avoir à obtenir toute la succession de sa mère, au lieu de la voir partagée avec ses sœurs, ne peut militer contre lui,

et qu'il faut prouver son dol, ses menées, ses suggestions, sa captation. Qu'il en est de même du reproche de n'avoir pas de ressources privées pour soutenir le gros train de vie mené par lui, et pour rendre compte de la gestion et administration des biens de sa mère. Qu'il y a preuve, ou au moins probabilité, qu'il rendait compte à madame Evanturel, à fur et à mesure qu'il collectait pour elle, ce fait étant allégué par M. Casault, en son témoignage, que, d'ailleurs, il n'était pas tenu ni appelé en cette cause à faire la preuve de sa non comptabilité. Le Défendeur repousse avec énergie l'accusation d'avoir, par sa fraude, ses menées, ses calomnies et jusque par ses médisances, engagé sa mère à dévier de son premier testament et avoir fait celui de 1861. Ici commence la difficulté. Nul doute que, jusqu'en juillet 1860, madame Evanturel ait été en possession d'une forte intelligence, quoique non accompagnée d'éducation, et qu'elle ait eu aussi en partage, comme on l'a vu, un excellent caractère, un excellent jugement, avec une très forte dose de fermeté. Tous les témoins, parents et étrangers, s'accordent sur ce point. En juillet 1860, elle éprouva une forte attaque de choléra du pays qui la conduisit quasi aux portes de la mort, mais dont elle revint heureusement, et à compter de ce moment, suivant quelques témoins, elle avait éprouvé une perte de forces physiques et mentales à un degré considérable, et suivant d'autres témoins, cette perte de forces n'aurait affecté que le physique, le moral étant resté ce qu'il était avant. Le Dr Landry a constaté ce fait en l'été 1861, un an après, deux ou trois mois après le testament. M. Paré, gendre de madame Evanturel et madame Paré elle-même, tous intéressés dans un sens inverse, admettent franchement qu'elle a toujours eu son intelligence, qu'elle pouvait bien faire un testament, mais que, depuis février 1862, sa faiblesse physique avait augmenté jusqu'à sa mort, en novembre 1863. M. Petitclerc, qui a fait son testament, en 1852 et en 1861, l'a trouvée en l'une et l'autre occasion parfaitement intelligente. Le Dr Painchaud nous dit que cette femme avait une grande intelligence, mais qu'en septembre 1862, elle était affaiblie, mais non sous le rapport de l'intelligence, et ce brave et savant vétéran de la profession médicale confirme ce qui a été dit plus haut sur la fermeté de la volonté de madame Evanturel. Nul doute que les forces de madame Evanturel, attaquée de cette maladie que le Dr Landry a qualifiée de paralysie progressive, et que les autres médecins, les docteurs Painchaud et Baillargeon, ont qualifiée d'épuisement, de faiblesse due à une constitution naturellement faible et à l'âge, ne purent que diminuer, mais s'ensuit-il que l'intelligence en ait été affectée à un point de ne pas laisser à la testatrice la mémoire, le jugement et l'entendement

nécessaires pour tester valablement et équitablement, et au point de la rendre susceptible de devenir la proie facile des manœuvres du Défendeur, je ne le crois pas ; il n'y en a pas de preuves, au moins à l'époque du 18 mai, 1861, date du testament, et je dirai pendant au moins dix-huit mois après la date du testament. Il n'a pas été prouvé que cette maladie, au moins dans ses premières phases, fût de nature à affaiblir l'intelligence de la malade. Un seul témoin, madame Lépine, prétend qu'en mai, 1861, madame Evanturel n'avait plus la même force ni la même mémoire qu'avant 1860, qu'elle vivait retirée avait un air rêveur, était peu communicative : que, lors du testament, madame Evanturel avait un peu d'exaltation, mais plus de faiblesse que de folie, et qu'elle avait fait usage de ces mots, qu'il y en aurait qui seraient bien attrapés, qu'il y avait inimitié entre ses gendres, que M. Rémillard s'était plaint du Défendeur et l'avait insulté. Je le demanderai, est-ce là de la folie ? Non. Il y a probablement mécontentement, par suite de la malheureuse lettre du Demandeur au Défendeur, elle a pu être blessée de la remarque que contenait cette lettre au sujet du droit qu'elle avait de léguer elle-même ses biens. Elle se rappelait probablement cette lettre, quoique après six mois de temps, et cela, avec le fait d'être sortie en voiture pour aller faire son testament et rencontrer trois ou quatre étrangers, a pu produire chez elle cet état d'excitation que madame Lépine croit avoir remarqué. Mais, si l'on oppose à ce témoignage, ceux de MM. Casault, Huot et Petitclerc, on verra que madame Evanturel était parfaitement calme et en possession de son intelligence le 18 mai, 1861. Une madame Jackson prétend qu'en avril, 1862, elle a parlé à madame Evanturel de son testament, et que, sur demande si elle avait pensé à ses sœurs, elle dit que non : et on en conclut qu'elle avait tout oublié, et qu'elle ne savait ce qu'elle avait fait. Notons que cela est arrivé un an après le testament, et, quand bien même, à cette dernière époque, (avril, 1862,) madame Evanturel eût perdu son intelligence au point de ne se point rappeler toutes ses dispositions, cela ne militerait pas contre son état en mai, 1861. D'ailleurs, quel besoin avait madame Jackson de faire cette question ? et quelle nécessité d'y répondre. Une réponse négative est souvent la seule convenable à donner à un questionneur importun. Un témoin, le respectable M. Charles Langevin, constate qu'en 1862, elle a refusé d'endosser un billet pour M. Paré, et ce, sans avoir vu le Défendeur. Ce monsieur prouve son intelligence, sa fermeté caractéristique. Il y a preuve que jusqu'en mai, 1863, madame Evanturel transigeait toutes ses affaires, payait ses serviteurs et s'occupait de sa maison. Mais on prétend que ce n'est pas dans une seule visite que l'on peut constater le degré d'intelligence d'un indi-

vidu quelconque : que le médecin le plus qualifié peut s'y tromper, et croire parfaitement sain tel individu affecté de monomanie, qui, une fois excité, se trahit par quelques actes de folie. D'accord, mais voyons ce que disent les Drs Painchaud et Landry, tout en admettant la difficulté de saisir à première vue le degré d'intelligence d'un individu. Le Dr Landry a dit : " J'ai constaté, dans l'été de 1861, qu'elle avait toute son intelligence, " et pour ce, il a dû faire toutes les questions, parcourir tous les terrains possibles, soulever tous les points probables et susceptibles de faire ressortir la faiblesse de l'intelligence de madame Evanturel. Cependant, il reste convaincu de ce qu'il a dit. Le Dr Painchaud constate qu'en été 1862, madame Evanturel, quoique faible, avait toute son intelligence. S'il se fut agi d'interdire madame Evanturel, j'avoue qu'il aurait fallu constater un acte de folie ou démence, et répéter plusieurs fois les visites, et peut-être toucher la corde particulière qui fait apparaître quasi magiquement la monomanie. Mais, pourquoi les Demandeurs, qui ont prétendu que cette intelligence était perdue dès 1861, n'en ont-ils pas fait preuve ? Pourquoi madame Rémillard admet-elle que jusqu'en 1863, sa mère avait son intelligence, quoiqu'elle fut faible de corps ? Pourquoi les Demandeurs, en ouvrant leur cause, ont-ils commencé par dire que leur mère n'était pas folle, mais seulement que son esprit était affaibli et incapable de résister aux suggestions et captations du Défendeur ? Ce sera à eux d'expliquer ces contradictions, et nous venons maintenant aux faits de suggestions, captations et manœuvres frauduleuses du Défendeur. Les Demandeurs prétendent que le Défendeur a dû suggérer à sa mère le testament en question, après avoir capté son esprit par des menées frauduleuses et mensongères dirigées contre les Demandeurs. Je dis, a dû suggérer, car on n'en voit aucune preuve directe, positive : le tout se trouve au chapitre des présomptions, des probabilités tirées de son intérêt à ce faire, de quelques malheureuses difficultés de famille qui surgissent parmi celles les mieux constituées. L'origine de la difficulté remonte, suivant quelque apparence de raison, à l'époque de la lettre de M. Rémillard au Défendeur, à la suite de l'entrevue du Demandeur avec madame Evanturel, dans laquelle il lui avait demandé sa pratique, et qu'elle lui avait péremptoirement refusée. La lettre de M. Rémillard, je dois le dire, n'est pas justifiable, et, sous le rapport des menaces de vengeances personnelles, elle est regrettable, et, sous le rapport des reproches indirects à l'adresse de madame Evanturel, elle était très imprudente. Le Défendeur a communiqué cette lettre à sa mère, comme je l'ai déjà dit, et probablement qu'elle a pu provoquer en faveur du Défendeur la donation du 1er décembre 1860. Mais cette donation

n'est pas attaquée : entre ce jour jusqu'au 18 mai 1861, époque de l'exécution du testament, on ne voit rien de la part du Défendeur qui puisse justifier l'accusation que les Demandeurs portent contre lui, d'avoir, par ses actes, ses menées, et une tactique de dénigrement de ses sœurs et beaux frères, capté la bonne volonté de sa mère au détriment de ses sœurs, et induit sa mère à altérer son premier testament. Elle ne demeurait pas chez lui, mais occupait une maison peu éloignée de celle du Défendeur, mais toujours distincte et séparée de celle du Défendeur. Il est vrai que c'est le Défendeur qui, vers le 3 ou 4 mai 1861, informa M. le recorder Crémazie du désir de sa mère de le voir ; mais qu'y a-t-il d'extraordinaire en cela ? M. Crémazie nous dit que, dans cette entrevue, madame Evanturel lui a avoué qu'elle l'avait fait demander par son fils au sujet de son testament qu'elle voulait faire ; et qu'elle le requit de prendre des notes à ce sujet. Elle lui avoua qu'elle avait des sujets de plaintes contre ses gendres. M. Crémazie, sur cela, déclara qu'il n'aimait pas agir, vu sa position de recorder, et lui demanda si elle avait des avocats, et, sur sa déclaration qu'elle avait MM. Casault et Langlois, il lui dit de s'adresser à eux, et obtint d'elle la permission de leur remettre les notes qu'il venait de prendre. Du témoignage de M. Causault, il résulte bien que, vers le commencement de mai 1861, le Défendeur l'aurait averti que sa mère désirait le voir au sujet de son testament, mais y a-t-il en cela rien de repréhensible ? Il y a aussi le fait que M. Casault a été requis par une note écrite de la main d'un enfant de se rendre chez M. Petitclerc pour l'éxécution du testament. Encore là n'y a-t-il rien pour justifier les accusations de fraude et de captation. La visite du Dr Landry, en été 1861 pour constater l'état mental de sa mère, ne peut être reprochée au Défendeur, qui, ayant probablement entendu dire que l'on critiquerait le testament de sa mère a pris cette sage précaution, et il suffit de connaître le nom du médecin pour se persuader de sa compétence sous tous les rapports, pour constater le fait de l'existence de l'intelligence de la testatrice. J'avoue qu'en thèse générale les moyens de captation et de suggestion doivent être reçus favorablement, vu la difficulté de prouver ces faits, vu surtout que le légataire qui aurait pris ces moyens, doit être supposé avoir en même temps pris ceux de cacher et de dissimuler avec habileté toutes ses manœuvres frauduleuses. Mais, dans ce cas-ci, pour prouver captation et suggestion, il faut d'abord montrer que madame Evanturel fût tellement faible d'esprit, eût tellement perdu de sa volonté énergique, qu'elle pouvait facilement devenir le jouet et la victime des manœuvres du Défendeur. Or, le contraire m'est apparu de la lecture souvent répétée et de l'appréciation des faits de

la cause : il faudrait, en second lieu, que l'on prouvât contre le Défendeur des démarches, des actes quelconques de nature à faire voir qu'il ait sollicité, importuné ou menacé sa mère, et ce à un point de la maîtriser, de lui faire perdre l'usage de son bon jugement, en un mot, au point de substituer sa propre volonté à la sienne. Or, on ne voit rien de semblable certainement jusqu'au moment de l'exécution du testament. On a invoqué, comme très forte contre le Défendeur, la circonstance mentionnée par le témoin Suzor, dans laquelle le Défendeur dit à sa mère, en parlant de M. Suzor, *chassez moi cette canaille.* Mais, outre que ceci ne démontre qu'une querelle entre deux beaux-frères, on peut dire qu'il est admis par M. Suzor qu'il est d'un tempérament très irascible : il a donc pu dire en cette occasion quelque chose de blessant sans pouvoir s'en rappeler lors de son examen. D'ailleurs, il est témoin intéressé, et, comme tel, aux yeux du juge, sa déposition doit être appréciée avec beaucoup de circonspection. Il y a preuve même que, pendant l'enquête, sa violence l'a porté jusqu'à montrer le poing au Défendeur en pleine cour. Il est heureux pour lui qu'un geste aussi significatif n'ait pas été saisi par le juge, qui, dans ce cas, aurait eu, sans aucun doute, le pénible devoir de lui faire comprendre, d'une manière pratique, l'inconvenance d'une pareille conduite. Je n'adopte pas comme nécessitant ces suggestions et cette captation, le fait de querelles entre Suzor, Remillard et le Défendeur, le fait que le Défendeur avait informé M. Crémazie ou M. Casault du désir de les voir à propos de son testament : ce sont de ces choses parfaitement compatibles avec l'absence de fraude. Je dirai plus, que, dans mon opinion, il n'y aurait pas suggestion et captation dans le fait qu'un légataire aurait prié un testateur de tester en sa faveur, pourvu que le testateur n'eût pas été trompé ni circonvenu, et qu'il fût en possession d'un degré d'intelligence suffisant pour pouvoir valablement tester. Le dol, la fraude, le défaut d'intelligence sont les bases de la captation et de la suggestion. Les autorités anciennes et modernes sont positives à cet égard, et avec sagesse. Autrement, il n'y aurait pas de rapports possibles entre un testateur et un légataire qu'il désirerait avantager : tout serait interprété défavorablement, et que deviendrait la liberté de tester que l'on fait si haut sonner ? Elle disparaîtrait à la demande d'un enfant dénaturé qui voudrait se soustraire à une juste exhérédation, sous le prétexte futile qu'un légataire ou héritier plus digne, qui aurait mérité bien mieux que lui les faveurs du testateur, aurait eu l'imprudence de faire quelque démarche, soit pour se procurer cette faveur, ou pour faciliter au testateur l'occasion d'exécuter ses volontés. Mais on dit que madame Evanturel avait regretté son testament. Je ne vois rien de semblable dans

la déclaration qu'elle a faite qu'elle avait été forcée de faire des papiers. Elle a pu être forcée par les circonstances, mais non par le Défendeur, et elle a persisté dans ce testament qu'elle pouvait changer chaque jour. Elle ne le change pas, elle reçoit les visites de ses filles, sans empêchement, tous les jours, et il lui aurait suffi d'un mot pour avoir un notaire. Dans la présente cause, outre le fait de l'intelligence de la testatrice, au moment de l'exécution de son testament, à un degré qui ne laisse dans mon esprit aucun doute sur sa capacité légale de faire cet acte civil de tester, nous avons dans le témoignage la preuve de ses motifs de changer son premier testament, de laisser la plus grande partie de ses biens au Défendeur, la détermination arrêtée depuis longtemps d'avantager le Défendeur bien plus que ses autres enfants, détermination qu'elle a plusieurs fois exprimée, tant avant que depuis la date de son testament, elle a même dit à une de ses filles : " Vous ne serez pas riches, vous n'aurez pas grand'chose," ou autres paroles de même portée. Je considère donc que les Demandeurs ont failli dans leurs allégations de l'insuffisance de l'intelligence de madame Evanturel, dans les accusations de suggestions et de captation, accompagnées de dol et de fraude, ou au moins de rien de précis, positif, ni concluant, et, surtout au moment de l'exécution du testament, en un mot les Défendeurs ont failli de prouver ce qui, suivant moi, était indispensablement nécessaire, savoir: grande faiblesse d'esprit et pernicieuse influence. (1) Quels ont été les motifs, les raisons de la testatrice pour changer son testament ? Il est peut-être difficile de les expliquer complètement. Nous devons les respecter, parce que rien ne constate leur futilité ni leur fausseté. En les supposant fondés sur le désagrément qu'elle aurait éprouvé de voir ses enfants se retirer peu à peu, et comme par degrés, de chez elle, cesser leurs fréquentes visites, leur abstention de prendre part aux réunions habituelles du dimanche, en les supposant même fondés sur le désagrément que lui auraient causé les querelles entre ses gendres et son fils, sur leurs mauvais rapports, il n'y aurait là rien que nous pourrions sérieusement blâmer et considérer comme insuffisant pour justifier son changement de volonté. En les supposant fondés sur la colère même nous n'aurions rien à critiquer, car il est admis à l'heure qu'il est que le testament fait sous ce motif est valable en loi. A-t-elle voulu avantager son fils seulement parce qu'il avait une nombreuse famille, que comme aîné

(1) Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine*, pages 111 à 116 : Briand et Chandé, *Médecine Légale*, page 514 : English Ecclesiastical Reports, avec précis de la célèbre cause *Greenwood* vs. *Greenwood* : 1 Roberts, *on Wills*, page 40 : Modern Probate of Wills, pages 105, 118, 123, 140, 144 : 2 Socfve, *Questions Notables*, ch. 69, page 146, et ch. 85, page 166 : Merlin, *Répertoire*, vbo. *Suggestions*, page 405.

et seul garçon, il serait capable de protéger ses sœurs non-seulement par sa fortune, mais par l'influence de sa position en politique ? A-t-elle voulu conserver ses biens au nom Evanturel. On a vu de ces exemples et on en voit tous les jours, surtout en Angleterre, dans un but bien connu. A-t-elle vu que ses trois gendres ne sauraient conserver la part de fortune qu'elle donnerait à ses filles, vu surtout que l'un, M. Paré, aussi bien que M. Suzor, ou avaient été malheureux en affaires de commerce, ou ne lui présentaient pas les garanties qu'elle exigeait pour leur confier une partie de ses biens. A-t-elle vu dans M. Rémillard de meilleures garanties ? Ce sont là autant de secrets pour nous, et qu'il nous est inutile de vouloir approfondir. La volonté d'un testateur, sain d'esprit, mémoire et entendement, sans suggestion et captation, fruits de la fraude, seule justifie les dispositions testamentaires, *sic volo, sic jubeo :* c'est la suprême loi que nous devons respecter et exécuter dans son intégrité. Mais, après tout, peut-on dire que les Demandeurs, et les autres enfants de madame Evanturel en soient absolument déshérités ? Non. La part du Défendeur est meilleure sans doute, mais ne l'est pas d'une manière à blesser toute justice. La fortune de M. Evanturel pouvait être, d'après ce que je vois, d'à peu près 20 à £22,000. La moitié a été donnée par parts égales entre tous les enfants suivant le testament de M. Evanturel, père, moins cependant le legs de l'emplacement, rue Saint-Louis, fait au Défendeur seul. Le reste £10,000 est laissé au Défendeur à la charge de payer à ses quatre sœurs une rente viagère de £25 chacune, et une rente de £15 à chacune des trois sœurs de la testatrice. Les sœurs du Défendeur sont toutes jeunes femmes, et les dettes sont à sa charge. Le Défendeur aurait donc £145 de rente viagère à payer sur son propre usufruit de biens laissés en propriété à ses enfants. Pour me résumer, je dirai, en deux mots, qu'obligé par le jugement de la Cour du Banc de la Reine de considérer le testament de madame Evanturel comme revêtu des formes extérieures légales, je dois, en sus, dire que la preuve faite n'a nullement justifié les allégations de suggestions et de captation, accompagnées de faiblesse d'intelligence, contenues dans la plaidoirie des Demandeurs, et qu'en autant le testament doit être maintenu comme légal, et l'action des Demandeurs renvoyée.

JUGEMENT : " Considérant que la Cour du Banc de la Reine de Sa Majesté pour le Bas-Canada, par son jugement en date du 20 juin 1865, renversant celui de la Cour Supérieure, en date du 5 septembre 1864, a dit et déclaré que le testament de Marie Anne Bédard, en question en cette cause, en date du 18 mai 1861, passé à Québec par devant mtre Joseph Petitclerc et confrère, notaires publics, avait été dicté et nommé par Marie Anne Bédard, aux dits notaires, suivant et conformément

à la loi ; considérant que la Cour Supérieure actuelle est liée par ce jugement, et doit regarder le dit testament comme ayant été exécuté avec toutes les formalités exigées par la loi ; considérant que les Demandeurs ont failli de prouver les allégations de leurs réponses spéciales à l'exception péremptoire en droit perpétuelle du Défendeur, relatives aux faits de suggestion et captation reprochés au Défendeur par les Demandeurs, et aussi relatives à l'état mental de Marie Anne Bédard et à sa capacité de faire un tel testament, la cour renvoie les réponses spéciales des Demandeurs considérant qu'en autant l'action des Demandeurs n'a plus de base et est non fondée, la cour renvoie la dite action des Demandeurs avec dépens en faveur du Défendeur." This judgment was appealed from to to the Court of Queen's Bench, appeal side, which court, on the 18th of March, 1867, affirmed that judgment with costs. The present appeal was from this last-mentioned judgment and the judgment of the 20th of June, 1865.

Mr. BOWRING, for Appellant : The question involved in this appeal, though of a technical nature, is one of infinite importance regarding the practice and usage of notaries in preparing and obtaining the execution of wills in Lower Canada, and their consequent validity of invalidity. The *Coutume de Paris* is the governing law of Lower Canada, as regards the passing and execution of testaments. By art. 289 of the *Coutume* it is provided, that to the validity of the testament *solennel*, or public testament *(pour réputer un testament solennel)*, it is necessary, that it should be written and signed by the Testator, or passed before two notaries, or a notary and two witnesses, and that it be *dicté et nommé* by the testator to the said notaries, &c and afterwards to him read and reread *(relu)* in the presence of the said notaries, and that mention be made in the said testament that it was so *dicté et nommé et relu ;* and that it be signed by the testator and by the witnesses, or that mention be made of the cause why they have not been able to sign. In this case the first question of law is, whether the Appellant's *inscription en faux* ought not to have been maintained on all or some of their *moyens de faux*. With respect to the first *moyen de faux :* It is laid down in Merlin, Rép de jur, tit. *Faux*, sects 1 and 4, that *faux* is an alteration of truth and an act of *faux* is the strongest ground of nullity : *Perrault* vs. *Simard (1)*. Here the nota-

(1) La cour peut, après que le Défendeur en faux a clos son enquête, permettre au Demandeur en faux d'amender ses moyens de faux, en ajoutant des faits qui lui auraient été révélés par les témoins du Défendeur en faux, lors de l'enquête ; et, dans ce cas, le Défendeur en faux sera autorisé à répondre de nouveau aux moyens de faire tels qu'amendés. Perrault et Simard, C. B. R. en appel, Montréal, 7 mai, 1856, LAFONTAINE J. en C., AYLWIN J.,

ries committed a *faux* by inserting an untrue statement in the testament, that it had been duly *dicté et nommé* to the two notaries. In the case of a testament purporting on the face of it to have been duly *dicté et nommé et relu*, the proper course of proceeding to have the testament annulled is by an *inscription en faux:* Merlin, Rep. de jur., tit. *Inscription de faux.* Notaries are competent witnesses to prove the *faux: Routier* vs. *Robitaille (1); Welling* vs. *Parent (2); Bourassa* vs. *Bourassa (3).* The general principles of french law applicable to testaments are these: The right to dispose by testament is considered a branch of public, not of private law: Furgole, *Traité des testaments,* tom. 1, sec. 13, p. 122; Ferrière, *Coutume de Paris,* tom. 3, tit. 14, glos 1, n° 13, p. 331*a*, and is rigidly guarded by formalities which are of its very essence; Merlin, *Rep. de Jur.,* sect. 2, p. 389b.. Tome XXXII, *voce Suggestion* (Ed. 1828). The object of the French Law has always been to prevent the natural rights of legitimate heirs being too readily sacrificed to a testator's caprice, and in this respect testaments are distinguished from donations *inter vivos*: Ferrière, *Coutume de Paris,* en Art. 292, glo. 1re, Tome III., p. 388a, No 7; Toullier, *Des Don. et Test.* Tome V, pp. 435—7, No 446 (Ed. 1839). The alledged will was not validly *dicté et nommé* to two Notaries

DUVAL J. et CARON, J., renversant le jugement de la majorité de C.S., Montréal, du 27 juillet 1852 qui avait refusé la permission d'amender, vu que le Demandeur en faux avait trop retardé pour faire cette demande. 4 R. J. R. Q., p. 475.

(1) Un notaire étant un officier public, il ne peut, sur une inscription de faux contre un acte par lui fait en cette qualité, être examiné comme témoin pour contredire cet acte. ROUTIER et ROBITAILLE, cour d'appel, Québec. 17 novembre, 1830, 1 R. J. R. Q., p. 343 et 4 D. C. B. C., p. 230.

(2) Un notaire peut être entendu comme témoin sur l'inscription de faux contre un testament qu'il a reçu lui-même. Le fait d'avoir reçu le testament affecte le degré de crédibilité à accorder au notaire instrumentaire entendu comme témoin, mais ne le rend pas incompétent. Toutes les fois qu'un acte est attaqué par la voie du faux incident ou du faux principal. il est nécessaire d'entendre les dépositions ou les interrogatoires des témoins instrumentaires et du notaire pour tirer de leur témoignage des lumièrea sur l'existenca ou la non-existence du délit. Mais leur témoignage ne suffit pas seul pour faire déclarer l'acte faux. Il ne suffit pas que les témoins et même le notaire se reconnaissent faussaires, il faut qu'ils en soient convaincus, c'est-à-dire, que les preuves distinctes de leur propre témoignage se réunissent à leur aveu, et que leur confession complette une preuve qu'elle ne peut jamais faire seule, même, lorsque leurs témoignages sont unanimes. C'était là le principe suivi en France, sous l'ancienne jurisprudence Il est des cas où un témoin pourrait refuser de répondre à certaines questions tendant à l'incriminer, mais aussi il est une foule d'éclaircissements et d'explications que le notaire pourrait donner sans avoir à rougir de quoi que ce soit, comme serait le cas d'une fausse personnification d'un testateur. Welling vs. Parent, C. S., Québec, 6 mars, 1854. DUVAL J., et MEREDITH J., 4 D. T. B. C., p. 228.

(3) 17 Lower Canada reports, 299.

as falsely stated on the face of that instrument, as is required by the *Coutume de Paris*, Art. 289, and not having been complied with is a nullity. According to the true construction of Art. 289, and decisions thereon, the words " passé par devant " deux Notaires, et qu'il ait été dicté et nommé par le testa- " teur aux dits notaires, et depuis à lui relu en présence d'i- " ceux notaires," &c., mean that the will must be dictated by the testator to the two Notaries, and then and there, as dictated, written down by one of the Notaries, or, at least, by some one in their presence, and in the presence of the testator, and then and there read and re-read to the testator in the presence of both notaries, the whole being one transaction. In the Court below the Respondent contended, that the article only meant, that the testator must declare or acknowledge the will before the two notaries, and that it need not be written down at the testator's dictation, or in the testator's presence, or by one Notary in the presence of the other, or, in fact, by any notary at all; but we submit, that the Respondent's construction strikes out of the *Coutume* all the most material words, beginning, *et qu'il ait été dicté*, leaving, in effect, only " passé par devant deux notaires, " which would, standing alone, have the very same force which the Respondent gives to the entire article. The Respondent does not explain why the words *dicté et nommé* find their way into all public testaments; still less why the words *mot à mot* are usually added, though, perhaps, not absolutely requisite. It is of importance to bear in view that the old repealed *Coutume de Paris*, art. 96, did not contain the words *dicté et nommé*: Bourdot de Richebourg, *des Coutumes*, tom. 3 : and hence the importance of the meaning attributed to these words under the 289th art. of the new *Cout. de Paris*. It is necessary to ascertain the meaning of the word *dicter* in this article. The following authorities establish that the word *dicter* always has been interpreted in french law to pronounce before another that which is to be simultaneously taken down in writing as dictated. In the "Dict. de Trévoux," vbo. *Dicter*, tom. 2, p. 773 (tom. 3, p. 84b. [Ed. 1752]), it is said " fa[illegible] écrire " à quelqu'un sous soi quelque discours [illegible] prononçant à " haute et intelligible voix et mot à [illegible]. So, in Ferrière, " Coutume de Paris," tom. 2, p. 256 (e[illegible]02), tom. 3, p[illegible]47a, no. 12, (ed. 1685, " Dicter, c'est dire qu[illegible]que chose à dessein " qu'il soit rédigé par écrit ; " Lemaistre, " Coutume de Paris." pp. 425-6 (2nd ed. 1741 ; 1st Ed. Paris, 1700). The above authorities were anterior to the Ordonnance of 1735, which, the Respondent insisted, introduced for the first time the meaning of writing in connection with *dicter* ; Merlin's Rep. de Jur., voce *Testament*, s. 3, ¶ II, art. 1, No X, p. 432b (Ed. 1828), p. 692 b.

(ed. 1809, and Johnson's case, there cited, in 1729-30). *Ib.*, sec. 2-3, art. 2, n° 11, p. 448a. (ed. 1828), p. 703b. (ed. 1809); Toullier, *Don. et test.*, n° 410, tom. 5, p. 380 (ed. 1839), and n° 413; *Dict. de l'Acad. française, voce Dicter*, by Landais, Bescherelle, Fleming et Tibbins; "Discussion du code Napoléon," tom. 3, p. 372, (2nd ed. Paris, 1808). Burge's *Comm. on Col. and For. law*, vol. 4, pp. 426-7, and Coin Délisle, *Don. et test.*, chap. 5, pp. 320b, 330-1-2-368b, 370. The word *nommé* adds nothing to the force of the word *dicté*, but is included in it; the two forming a compound technical phrase, equivalent to "give and grant," "have and hold" in english law, and is incapable of being replaced by any synonyme: Ferrière, *Cout. de Paris*, tom. 3, p. 347a, n° 2; Ricard, part. 1, chap. 5, sec. 5, n° 1503, p. 338 (ed. 1685, p. 338); Lemaistre, "Cout. de Paris," p. 422. In p. 423, Lemaistre says, that according to Du Plessis the absence of the word *nommé* imports nullity," because the word *dicté* refers to the notaries, *nommé* to the witnesses; but, according to Lemaistre, both words refer to the notaries, and as they certainly refer to the testator: it is clear that the words *dicté et nommé* imply, that the action of the testator and the notaries is co-operative and cotemporaneous. But in the court below the Respondent insisted, that the words *dicté et nommé* did not originally imply anything more than to transmit the testator's will, and that their meaning has undergone a change since the ordonnance of 1735. The above authorities, however, show, that the same meaning has always been given to those words under the ordonnance and code Napoléon, as under the coutume which introduced them. The ordonnance of 1735 was, in fact, chiefly passed for the purpose of diminishing the restrictions imposed by the coutumes, whereas, according to the Respondent's contention, the ordonnance first imposed the necessity of writing on the notaries. Assuming such a construction to be the true one, art. 289 of the coutume would authorize a testament by parol. D'Aguesseau, Lettre du 30th dec. 1742, œuvres, tom. 12. pp. 445-7 (ed. 1819), fully treats, of the purpose the ordonnance had in view, and art. 23 of that ordonnance shows, that it did not change the legal signification of the words *dicté et nommé*, but only restricted the excessively strict construction given to the Coutume, as to stating on the face of the Testament, that the requisites had been complied with, and, in other respects, merely states more expressly the old jurisprudence: Grenier, Don. et Test., tom. 2; M. Justice SMITH, in Dubé vs. Charron (1), says "in referring to the Ordonnance of 1735, sur les Testaments," as representing the old jurisprudence,

(1) 9 R. J. R. Q., p. 216.

it is evident that the law does not require certain sacramental words, if only the substance be exactly preserved." According to the Respondent's construction of the Coutume, it must follow, that part of a testament might be dictated to one notary one day and another part to the other Notary a month after, each might write down what he chanced to remember of the part dictated to him at an indefinite distance of time, and when the pieces are brought together, and read to the testator and acknowledged by him, this aggregate will, without more, be a valid Testament, *dicté et nommé* to the two notaries; even if the Testator be unable to read or write. By the same reasoning it would be sufficient for one notary to read one half and the other the other half of the testament, each in the absence of the other. It seems to have been forgotten in the Court below, that the sole protection to the testator and his heirs consists in the presence of the two notaries throughout the whole transaction, from beginning to end, and this has clearly been the law and practice from a very early period. Lamoignon, first president of the Parliament of Paris shows, that the dictation by the testator, writing by the notary and reading &c. of a public testament must all be parts of one transaction: *Arrêtés*, tom. 1, p. 300, art. 47, (ed. 1783). So Ferrière, *Coutume*, tom. 3, p. 346b, n° 8; *Ib* p. 348a, n° 17, last par.; *Ib* p. 355b, n° 17; *Ib* p. 357a and b, nos 27-28; Pothier, *Don. test.*, ch. 1, art. 3, sec. 1, p. 301 (ed. 1778), who says "when a testament is received by two notaries, it is indispensable that both be present." This was written under the ordonnance of 1735, but that ordonnance, no more than the coutume, in terms requires both notaries to be present, and both the coutume and ordonnance require that the testament be dictated to the two notaries, the coutume in terms, and the ordonnance by necessary implication. There are authorities which say, that though both notaries be present throughout the material part of the transaction, yet the absence of either notary, for however short a time, would annul the testament, however immaterial the dictation in his absence: Duranton. "Cours de droit français," lib. 3, § 2, tom. 9, n° 66, p 100. The same reason applies to the coutume, which is not content with saying, that the testament shall be passed before them, but expressly enacts, that it shall be "dicté et nommé" to them, and the necessity of the presence of both notaries at the dictation and writing of the testatrix is treated by the codifiers of Lower Canada as the established law of the colony: "Code civil du Bas-Canada," tom. 2, pp. 344-5, § 95, *bis*. Unless these formalities are observed the will is invalid. They are intended to prevent fraud, and for the protection of ignorant testators who cannot write. To permit a will to be executed

as the present would tend to defeat the policy of the law provided by the 289th art. of the coutume. There is another consideration which shows the necessity of the continuous presence of both notaries throughout the whole transaction. From a very ancient period, according to Toullier, tom. 5, pp. 358-9, citing three *arrêts* dated 1651, 1703, and 1771, both notaries were liable for the consequences of any testament being annulled as informal and *faux*, for not re-reading the testament; nor could the second notary recover over against the primary notary, even though the neglect was entirely that of the latter, inasmuch as it was the duty of the second notary to see that the primary notary did his duty. A testament brought ready written cannot be "dicté et nommé," and though read to and approved by a testator is utterly null: Papon," Arrêts," tit." Testaments," 44, 20, tit. I, "Additions," p. 112 (ed. 1621)." Equipollences," or equivalents, so far as regards the execution of testaments are inadmissible under the coutume: Brodeau, "Arrêts notables," tom. 2, p. 557b, No 15; Denizart, tit. "Testam." Tome 4, p. 669b. (Ed. 1771); Merlin, Re. de Jur., tit, "Suggestion," tome 32., § 2, p. 389b, (ed. 1828); Ferrière, "Cout. de Paris," tom. 3, pp. 346a, 347b, No 7, who says: "Comme les juges sont extrêmement "scrupuleux pour l'observation des solennités requises dans "les testaments, ils n'y admettent point d'équipollence." It is clear that, under the Coutume, testaments are not construed, as the Respondent contended, favourably, so far as regards the formalities of their execution: Ferrière, "Coutume de Paris," tom. 2, p. 182 a, No 77, has this passage: "Quoique "les dernières volontés soient extrêmement favorables, néan- "moins le défaut de la moindre solennité en cause la nullité." And Merlin, Rep., voce "Testaments," § 2, art. 4, No 2, p. 680 (ed. 1809), shows the true distinction. He says, "Mais "dans quels cas les testaments sont-ils favorables? Lorsque "parfaitement réguliers dans leur forme il ne s'agit que de sa- "voir ce qu'a voulu le testateur. Bourassa vs. Bourassa (1) is a strong case. There the Court of Queen's Bench in Canada decided, that the requisite of re-reading, though the testament had once been read through from beginning to end, cannot be supplied by "equipollences," even by explaining the Testament paragraph by paragraph, and annulled the testament. The absence of any formality is a ground of nullity: Dubé vs. Charron (2); Ferrière, Instit. de Justin., tom. 2, L. II, tit. X, p. 257; "Cout. de Paris, tom. 3, p. 343a. No 1, 349b, No 26 (ed. 1685); Domat, Lois Civiles (Trans. by Strahan), vol. 1,

(1) 17 Low. Can. Reps., 299.

(2) 9 R. J. R. Q., p. 216.

p. 524 (of succession); ib., vol. 2, b. 3, p. 26 (of testament); Ricard, Don. et Test., tome 1, ch. 5, p. 288 (ed. 1685); Bourjon, Droit commun, t. 2, p. 305, No 14. (Fo ed. 1770); Guyot, Rep. voce. "Loi," p. 16; Furgole, *Traité des testaments*, tit. 1, p. 22, no 3, says, the omission of the smallest formality suffices to annul the testament. In this respect there is no distinction between the law under the "Coutume," the "Ordonnance" of 1735, and the "Code Napoléon," arts. 972 et 1001, Liv. 3, tit. 2, "Des donations entre vifs et des Testaments:" Macardé, "Expl. du Code Napoléon," tom. 4, pp. 13, 16, 63. All are laws in "pari materia," and alike impose nullity: the two latter in express terms, and the "Coutume" by invariable construction and necessary implication. This construction of art. 289 of the "Coutume" is supported by a great number of "Arrêts," in which the cases annulled were passed before two notaries, or notary and witnesses, but was not "dicté et nommé aux dits notaires:" Brodeau, Arrêts notables, and Ferrière, "Coutume de Paris," tit. 14, tome 3, p. 346 a, b, glos. 6 (Fo. ed.), cites several cases. A number of other "Arrêts" from the year 1566 to 1645 were cited in the Court below to establish this interpretation of the "Coutume," nor is there any decision or authority which shows that a different interpretation ever prevailed in the Courts of Lower Canada. The loose practice which appears from the evidence to exist among the notaries at Quebec arises from a mistaken apprehension of the effect of the Statute, 14th Geo. 3, c. 83, s. 10, and the local Act, 41st Geo. 3, s. 4, which Acts the Respondent in the Court below contended rendered the *Coutume* applicable. It is not so. Sec. 10 of the above statute merely empowers any one in Lower Canada to dispose of all his property by will, and the sole reference to the form of such will is in the words: "such will being executed either according to the law of Canada, or according to the forms prescribed by the law of England:" Meiklejohn vs. The attorney-general of Lower Canada (1). The canadian act, 41st Geo. III, ch. 4, merely obviates difficulties which had arisen under the former act, as to the persons who might be testators or legatees, and to the probate of wills in the english form. It does not affect the forms of wills or testaments, but, on the contrary, recognizes a distinction between the english will and Lower Canada testament. Before the 14th Geo. III, ch. 83, no one in Lower Canada could dispose of more than a portion of his property, and that act amended this defect, and is solely confined to that point. Now, according to the ordinary rules of construction, an act passed for a particular object cannot be diverted to a

(1) 1 R. J. R. Q., p. 291, et ci-après, p. 437.

totally different object with which it has not necessary connection. Both french an english law coincide in this principle of construing a remedial statute: Merlin, " Rep. de Jur., voce Loi," § 11,; " De l'abrogation des lois," n° 2,; Dwarris, on statutes, pp. 531-33, 604 (ed. 1848); Comyn's " Dig., tit. Parliament," R 9a: V in. abr., tit. "statute," E 6, nos 1132, 1137. Moreover, the coutume has the force of an express statute, and is law until revoked: Ferrière, tom. 1, p. 128. The 289th article of the coutume cannot have been abrogated by disuse: Dantoine, " Règles du droit civil," p. 156 (ed. 1742.) And the evidence of the notaries proves that the requirements of the 289th art. are still in force in Lower Canada. According to the principles of french law, the fact that the statute, 14th Geo. III, ch. 83, empowers an inhabitant of Lower Canada to dispose of all his property by will is a reason for construing the coutume more rigidly than ever: Grenier," Don. et test," 1 p. 18 (4th ed.) The testament of Mme Evanturel is, of course, void as an english will, not being signed or attested, and is pleaded as a public testament valid by the coutume, to which alone the words " dicté et nommé " are applicable. The act of Geo. III left the old public testament, under the coutume and the english will, to subsist side by side, neither derogating nor borrowing from the other: " Meiklejohn, vs. The attorney-general of Lower Canada (1). The cases cited by the Respondent

(1) Suivant l'interprétation qu'on doit donner à la section 10 du chapitre 83 des Statuts Impériaux de 1774, 14 George III, un testament disposant de biens-meubles et immeubles en Canada, sera valide s'il est exécuté conformément aux lois du Canada qui exigent la même forme pour un testament disposant de biens-fonds que pour un testament disposant d'effets mobiliers ; et un testament disposant d'effets mobiliers en Canada sera valide si, par les lois anglaises, il est suffisant pour disposer de biens mobiliers ; mais un testament disposant de biens-fonds en Canada, s'il n'est pas exécuté conformément à la loi du Canada, ne ssra pas valide, à moins qu'il soit fait conformément à la loi anglaise. Les mots de cette section sont : "dressé suivant les lois du Canada, ou suivant les formes prescrites par les lois d'Angleterre." Par la loi anglaise, aucune forme n'est requise pour faire un testament de biens-mobiliers, mais on exige certaines formes pour faire un bon testament disposant de biens-fonds. C'est à ces formes qu'il est referé par le Statut, lorsqu'il parle d'un testament disposant d'immeubles *dressé suivant les formes prescrites par les lois d'Angleterre* et le terme *dressé* comprend la confection, la souscription et l'attestation de la manière indiquée par le *statut des fraudes.* L'Acte provincial, 41, George III, chap. 4, n'a pas pour but de modifier et n'a pas modifié la loi quant à la forme des testaments en Canada. Mais, par les mots "*léguer et disposer*" et "*quelque soit la tenure des dits immeubles*" et, en réferant aux legs par testament aux gens de main-morte, il indique que la législature canadienne a considéré que le statut impérial 14, George III, se rapporte aux legs d'immeubles, ainsi appelés dans les lois d'Angleterre. Un testament quoique olographe et dont le nom du testateur est écrit par lui-même dans le cours du testament comme suit : "Je, A. B., étant sain d'esprit, fais par le présent mon testament...." mais qu'il n'a pas signé à la fin, n'est pas signé conformément à l'ancien droit français qui est la loi du Canada et qui exige que la signature soit apposée après les dispositions du testament. Un testament ainsi fait ne vaut pas non plus, suivant le droit Anglais, pour disposer des biens fonds. (*Meiklejohn* et le *Procureur Général du Bas-Canada et al.*, Intimés. Conseil Privé, 21 juin, 1834. 1 *R. J. R. Q.*, p. 291.)

in the court below on the construction of the 14th Geo. III, ch. 83, sec. 10, are authorities in our favour. Thus, in " Ruiter vs. May (1) " a public testament, void by the coutume, because it bore date the 17th, but was partly written on the following day, was held valid as an english will, being signed by the testator and attested by three witnesses. So, in " Lambert vs. Gauvreau (2), the will, though good as an english will, was void under the coutume. As to " Routier vs. Robitaille (3)," and " Clarke vs. Clarke (4)," neither case seems to have decided anything as to a compliance with the requisites of the " Coutume," but both appear to have gone off on a different point. In " Methot vs. Methot," heard in 1863, the testament purporting to have been " dicté et nommé mot à mot, " was prepared by one notary from notes taken down by another person as the testator's instructions, and brought by the notary ready prepared by him, and approved by the testator in the presence of both notaries, and read and re-read, was annulled by M. Justice STUART, the Judge of the Superior Court as not having been " dicté et nommé," as required by the " Coutume ". Again, in " Bourassa vs. Bourassa (5) the testament on the face of it was perfectly regular in form, and purported to have been " dicté et nommé mot à mot " to one of the two notaries, both being present at the same time. The pleadings in that case were substantially the same as in the present case. The evidence of the notaries proved, that the testament was prepared, as here, by the principal notary, from previous instructions given him by the testator. It was read to the testator by one notary in the presence of the other and afterwards explained clause by clause, but not otherwise re-read by the primary notary to the testator, who declared that he understood and approved it. This testament was annulled by the Superior Court, and on appeal by the Court of Queen's Bench, on the ground, that it was not " dicté et nommé, " and was not re-read. This case conclusively establishes the following points: first, that the writing of the testament by one notary in the absence of the other is a cause of nullity, even on express instructions given by the testator himself; secondly, that its expressing the will and intention of the testator is not relevant to the question of the validity of the testament; thirdly, the exceeding strictness with which

(1) Cited in *Lambert* vs. *Gauvreau*, 5 R. J. R. Q., p. 244, et *suprà*, p. 411.

(2) *Suprà*, p. 411.

(3) 1 R. J. R. Q., p. 343, et *suprà*, p. 431.

(4) 2 R. J. R. Q., p. 345.

(5) 17 L. C. R., 299.

even the re-reading of the testament is enforced, although in the actual case it was obviously unnecessary ; and, lastly, that " equipollences " are inadmissible in such a case. Upon these grounds, and for these reasons, I submit, that the judgment of the Court of Queen's Bench of the 20th of June, 1865, setting aside the Appellant's " inscription en faux " was erroneous, and ought to be reversed ; and the judgment of the Superior Court of the 5th of September, 1864, so far as it annulled and set aside the testament of the 18th of May, 1861, affirmed, because the alleged testament was not validly " dicté et nommé " by the testatrix to two notaries who passed the same, as required by the law of Lower Canada. It also bears a false date. It also contains an addition in a material part in the hand of some person other than the two notaries, who passed the same ; moreover, the evidence to prove the custom alleged by the Respondent was illegal and inadmissible, and even if admissible, no valid custom was proved, neither did the Respondent appeal from the judgment of the Superior Court declaring the " moyens de faux " to be pertinent and admissible, and I contend that the judgment of the Court of Queen's Bench of the 18th of March, 1867, affirming the judgment of the 16th of May 1866, was erroneous, and ought to be reversed.

Mr. WICKENS, and Mr. LANGLOIS (of the canadian bar), for the Respondent : The testament in question was duly executed according to the practice and formalities required by the law in force in Lower Canada. The law which governed the execution of wills, at the time of the execution of Mme Evanturel's testament, was the " Coutume de Paris," art. 289, and the imperial statute 14th Geo. III, ch. 83, which, by section 10, extended to the Canadians the power of making wills in the english form. The laws in France regulating the forms of wills are, first, the roman law ; second, the canon law ; third, the customs ; fourth, the ordonnance of 1735 ; and fifth, the code Napoléon. In Lower Canada the 289th art. of the " Coutume de Paris," as reformed in the year 1580, prevails ; and the statute, 14th Geo. III, ch. 83, sec. 10, as explained by the canadian act, 41st Geo. III, ch. 4. No doubt the 289th art. of the coutume is the law to be looked to as governing this question, but the terms there used do not carry out the Appellant's contention. The formality expressed by the words, " dicté et nommé," introduced by that art. does not imply, that the testament should be written by one of the notaries to whom it was dictated (" auxquels il est dicté,") nor that it should be written down at the time it was dictated. Neither is there any declaration that the will must be executed in the manner prescribed under pain of nullity. The " Ordonnance des testaments

de 1735," arts. 5 and 23, which was never in force in Lower Canada, as added to the above art. of the custom the words," que les notaires ou l'un d'eux écriront les dernières volontés du testateur, telles qu'il les dictera." Before this ordonnance notaries were in the habit of getting their clerks to write down the testaments and prepared them in advance from verbal or written instructions received from testators. It is true, that the provisions of the " Code Napoléon " enjoyn that when the formalities there prescribed are to be acted on, they will be required to be strictly complied with, under pain of nullity, arts. 972, 1001 ; but there is no such provision in the " Coutume de Paris, " which is alone to be looked at. It is so laid down in Ferrière, " Grand Coutumier, " p. 104 et seq., where the " Arrêts " maintaining wills, less regularly executed than this, not even dictated by the testator to the notaries, are set out: Ferrière, " Coutume de Paris, " tome 4, pp. 107, 133 (ed. 1714); Brodeau, sur Louet, tome 2, pp. 609, 613 (ed. 1762); Domat, Civil Law, (Trans. by Strahan), vol. 2, part 2, b. 3, tit. 1, sect. 3, pp. 17, 18 ; Rousseau de Lacombe, " Rec. de Jur.," voce "Testament," No 12 ; Berton de Fromental, p. 703 ; Rousseau de Lacombe, Commentaire de l'Ord. 1735. art. 23, p. 134 ; Furgole, " des Test., " t. 1, pp. 91-2 ; l'Ord. de 1775 ; Troplong, des Testaments, No 1547 ; Merlin, Rep. de Jur., voce Test., s. 2, § 2, art. 4, p. 615 ; Dalloz, t. 16, t. 4,, c. 2, " De l'écriture par le notaire. " The result of the evidence of the notaries and Casault in this case is entirely to destroy the second and third " moyens de faux " set up by the Appellants, which were, in substance, that the will bore a wrong date, namely, that of the 18th, on which it was executed, instead of the 16th when the original instructions were given by M. Petitclerc, nor was the evidence, in reality, less damaging to the first " moyen de faux," by which the Appellants alleged, that the will had not been " dicté et nommé " to the notaries, as the law required. There is no complaint of the will not containing the intentions of the testatrix, and there certainly is no ground for the allegation, that Mme Evanturel at the time of the execution of the will was not of sound mind and perfectly capable of disposing of her property ; moreover, the Appellants entirely failed to make out that any fraud was practised, or any constraint or undue influence exercised on the testatrix. (Their lordships intimated their wish that the argument should be confined to the general practice of Notaries in Lower Canada as to execution of wills.) The evidence of the experts establishes beyond doubt the fact, that the execution of the testament was in conformity with the long and unchallenged usage of notaries in Lower Canada; and such usage is good. Laws may be interpreted by usage or practice.

In " Desforges vs. Dufaux (1) it was held, that in Lower Canada a law may be abrogated by disuse, and that the provisions of the Ordonnance of 1498 and the Ordonnance de Blois, 1579, in so far as they require the presence of a second notary to the execution of a notarial act, have been so abrogated : " Motz vs. Moreau (2)." So, by the english law, "Lord Eldon, in Smith vs. Doe dem. Jersey (3), says, the practice of conveyancers is of considerable authority, and is to be taken judicial notice of, and Lord Mansfield did the same in " Rex vs. Loxdale (4). There are cases in Lower Canada in which wills executed in circumstances like the present have been maintained : they are referred to in " Routier vs. Robitaille (5) ; Clarke vs. Clarke (6)." We submit, therefore, that the dictation of the testament was in accordance with the spirit, and was not contrary to the letter of the 289th art. of the " Cout. de Paris," and that it was valid, and ought to be upheld under the terms of that art., even without reference to any supposed usage ; and we maintain, that the authorities show, that a testament made as this is proved to have been, is in conformity with the law and customs prevailing in Lower Canada. The consideration of their lordships' judgment having been reserved, was now delivered by,

Sir Robert Phillimore : This is an appeal against two judgments of the Court of Queen's Bench of Lower Canada, one of the 20th of June, 1865, which reversed the judgment of the Superior Court of the 5th of September 1864, and the other of the 18th of March 1867, which affirmed the judgment of the Superior Court of the 16th of May, 1866. The subject of these judgments and of the present appeal is the validity of

(1) Il est de pratique universelle, dans le Bas-Canada, que les actes notariés à l'exception des testaments, soient reçus par le notaire instrumentaire et ne soient contresignés par le second notaire qu'après leur confection et hors la présence des parties. Cette pratique a été constante et universelle depuis un temps immémorial. Cet usage fait que l'acte n'est pas faux, parceque le second notaire contresigne après coup. L'usage ou la coutume peut interpréter la loi, ajouter à ses dispositions, les corriger ou les abroger. Pour établir un usage cinq choses sont nécessaires : il faut qu'il soit uniforme, public, multiplié, observé par la généralité des habitants, et réitéré pendant un long espace de temps. C'est alors seulsment que les usages forment un droit non écrit. C'est aux juges de décider, par le nombre et la qualité des actes, si l'usage est établi. La loi n'a pas de meilleur interprète que l'usage. L'usage quand il est général, peut abroger la loi. Toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude ; et il est bien certain que, quand cela est arrivé, on ne peut plus tirer un moyen de cassation de la loi qui a été abrogée tacitement par un usage contraire. (*Desforges* et *Dufeaux et al.* C. B. R. Montréal, 9 décembre 1862, Aylwin (dissident), Duval, Meredith, Mondelet (dissident) et Berthelot juges, 11 *R. J. R. Q.*, p. 278.)

(2) 3 *R. J. R. Q.*, pp. 20, 347, 369 et 408.

(3) 2 B. et B., 599.

(4) 1 Burr., 446.

(5) 1 R. J. R. Q., p. 343. et *suprà*, p. 431.

(6) 2 R. J. R. Q., p. 345.

the testament of the late Marie Anne Evanturel, widow, of Quebec. She died on the 10th of November, 1863, leaving five children surviving her, amongst whom were the Appellant, Emilie Malvina, wife of Edouard Rémillard, and the Respondent, the Hon. François Evanturel. These five children, if she had died intestate, would have been entitled in equal shares to her property. The suit was begun by a claim to the succession of Mme Evanturel, entitled " pétition d'hérédité," filed, by the present Appellants in the Superior Court of Lower Canada on the 7th of December 1863. In answer to this petition the present Respondent, on the 5th of January 1864, replied by a peremptory and perpetual exception in law ("exception péremptoire en droit perpétuelle"), by which he pleaded a testament made by his late mother, dated the 18th of May, 1861. To this exception the Appellants replied by a general answer and by a special replication, in which they impugned the validity of the testament on the ground of incapacity or undue influence (fraude, suggestion, captation, menaces, employées par le Défendeur). It may be convenient here to state that this allegation was disproved in the opinion of all the judges in the canadian courts, and has not been insisted upon before their Lordships. The Appellants in their special replication also relied on the invalidity of the execution of the testament. The mode of raising this latter issue is, according to the of France and Lower Canada, to enter, by permission of the law court, a process which is called " inscription en faux." The Appellants having duly obtained this leave, filed their moyens de faux, which were as follows: First, that the pretended testament of the 18th of May 1861, was not "dicté et nommé" by the deceased to two public notaries, as falsely asserted in the pretended testament. Second, that it was not "dicté et nommé" by her to two public notaries on the 18th of May, 1861, as falsely asserted in the pretended testament. Third, that an important part of the alleged testament, other than the preambule, was written and altered by some stranger's hand, other than that of the two notaries who passed the testament. It appears from the evidence that M. Petitclerc a notary, went to the testatrix, in obedience to a summons, on the 16th of May 1861; he found her alone: she told him that she desired to make her testament; she then and there expressed the dispositions and bequests which it was to contain. M. Petitclerc drew up a memorandum in which they were concisely stated; the testatrix then told him to prepare her testament in conformity therewith, and to send it to her in order to its being examined by her Counsel; he drew up the testament on the same or on the following day. Mde Evanturel, on the 17th, had an interview with her Counsel, M. Casault, whom

it appears that she had consulted on the subject of her will on the 15th and 16th of May: he wrote in the margin of the will an alteration, subsequently cancelled and re-written by the notary; and on the afternoon of the 18th of May, Mde Evanturel went to the office of M. Petitclerc, bringing with her the draft testament, which he opened, and on perceiving M. Casault's alterations drew his pen through them; he then sent for a brother Notary, M. Huot, who arrived; there was also present M. Casault. M. Petitclerc then asked the testatrix what were the depositions which she desired to make, and she repeated in brief ("en raccourcis") as M. Huot says, "as if she had known them by heart," all the dispositions which are contained in the testament, though not exactly, it would appear, in the same terms and in the same order. M. Petitclerc then read the testament; she suggested certain corrections, and the addition of the following condition attendant on the bequests to her Daughters: "Et quant à celle ou celles qui voudront "contester mon dit testament, le legs à elles fait de la dite "rente, soit non avenue et caduc." It appears that J. Petitclerc then re-read the testament with the corrections and addition which have been mentioned; the testatrix then declared that she could not write, and what Mr. Justice TASCHEREAU calls the "énoncé sacramentel," the essential formula," was put in the following words: (his lordship read the attestation clause, "ante," p. .) It may be convenient here to dispose of the two "moyens de faux" which relate respectively to the date of the testament and to the alterations in a strange hand. It has scarcely been contended before this Court that the testament was "dicté et nommé" on the 16th of May; and such a contention, in their lordships' opinion, cannot be sustained. The question of the execution of the testament must be confined to the date of the 18th of May. With respect to the alterations in a strange hand, they are fully accounted for by the testimony of the witnesses, and can in no way affect the decision in this case. In the evidence given by the witnesses, MM. Petitclerc, Casault and Huot, some discrepancies occur, and also in the two depositions of M. Petitclerc made at different times; but their lordships entirely concur with the remarks of Mr. Justice TASCHEREAU upon this subject, and are of opinion with him, that their discrepancies are insignificant, and do not affect the real and only question in this case, namely, the true construction of the law which governs the execution of this testament. There is no controversy as to what that law is. It is the 289th art. of the "Cout. de Paris," as declared by the parliament of Paris in 1580, and it is in these words: Art. 289. "Pour réputer un "testament solennel, il est nécessaire qu'il soit écrit et signé

" du testateur; ou qu'il soit passé par devant deux notaires, " ou par devant le curé de la paroisse du testateur, ou son " vicaire-général, et un notaire; ou du dit curé ou vicaire et " trois témoins; ou d'un notaire et deux témoins; iceux " témoins, idoines, suffisans mâles et âgés de vingt ans accom- " plis, et non légataires; et qu'il ait été dicté et nommé par le " testateur aux dits notaires, curé ou vicaire-général, et depuis " à lui relu en la présence d'iceux notaires, curé ou vicaire- " général, et témoins, et qu'il soit fait mention au dit testament, " qu'il a été ainsi dicté, nommé et relu, et qu'il soit signé par " le dit testateur, et par les témoins; ou que mention soit " faite de la cause pour laquelle ils n'ont pu signer." (Ferrière, tom. 4, p. 73-74). It is contended by the Appellants, that the provisions of this regulation have not been complied with, and that the testament is, therefore, invalid. They maintain that according to the true construction of that regulation, and especially of the words " dicté et nommé par le testateur aux " dits notaires," the testator must declare the dispositions which he desires to make, and that one notary, at least, if not the two, must then and there write down these dispositions, and that, unless this requisition of the law be obeyed, the testament is null. This construction of the Coutume was adopted by Mr. Justice TASCHEREAU in the Superior Court of Lower Canada; and, accordingly, he sustained the " ins- " cription en faux," and pronounced against the validity of the testament. From this sentence an appeal was prosecuted to the Court of Queen's Bench of Lower Canada. That court reversed this decision, holding that the testament was duly executed. The court was composed of five judges: of these three, Chief Justice DUVAL, M. Justice AYLWIN, and M. Justice MEREDITH, delivered their judgments in favour of the validity of the testament, while two, M. Justice DRUMMOND and M. Justice MONDELET dissented and agreed with M. Justice TASCHEREAU. From this sentence the present appeal has been prosecuted. The case has been fully argued before their Lordships, and we have now to deliver our opinion upon the true construction of the 289th art. of the Coutume de Paris in its application to the testament which is the subject of this litigation. Some preliminary observations occur which it will be well to mention in this place. First, that the language of this "Coutume," does not require in express terms that the will should be written by a notary at the time of dictation; though it does require that the will should be read over in the presence of the notaries and of the testator: and secondly, that there is no declaration like that which is to be found in the "Code Napoléon," that the formalities enjoined shall be observed on pain of nullity. In respect to these parti-

cular words "dicté et nommé," it appears to their Lordships, that they must be considered as conveying one idea, the latter word being only used to strengthen the former; and in this opinion their lordships are justified by the opinion of the learned Editor of Ferrière, and of the decision to which he refers: "La première chose à observer est, qu'il faut que le testament soit dicté et nommé par le testateur, sur quoi on a "demandé autrefois, si des mots équivalents suffisaient, comme "proferez de sa propre bouche, il a été décidé qu'ils ne suffisoient pas, la Coutume disant dicté et nommé; mais que si "un notaire ne mettoit que l'un des deux ou dictés ou nommés "comme ils sont synonimes, qu'il n'y auroit point de nullité. "Tome 4, p. 133, ed. 1714)." It was admitted by the Counsel for the Appellants that it was not necessary that the notary should write "mot à mot" the dispositions of the testament as dictated by the testatrix, that he might put them in proper language and in proper order, and with whatever amplifications were necessary to give them, due legal force and effect, and that the testatrix might dictate from a written and previously prepared instrument. And their lordships are clear, that this view is correct, having regard both to the reason of the thing, and to the decisions which have been given upon the particular Coutume, as well as those which have been delivered upon the far more rigorous language of the article in the Code Napoléon, which are collected in Dalloz, vol. 16, tit. 4, ch. 2, s. 4, art. 2, s. 2. ("De l'écriture par le notaire.) In forming our judgment upon the general construction of the Coutume, one of the primary considerations has necessarily been to ascertain, what was the mischief which this law was framed to remedy, and upon this point there is really no room for doubt. The authority of the commentator, Claude de Ferrière, has been much relied upon by both parties, and it is entitled to considerable weight in the explication of this law. After mentioning the various ways in which a "testament solennel" may be made under this coutume, he adds: "Nôtre coutume outre cela "requiere dans les testaments plusieurs solemnitez, pour empêcher les fraudes et les suggestions. La première formalité "est, qu'il ait été dicté et nommé par le testateur à celuy qui "l'a reçû. La deuxième qu'il soit relu au testateur, et qu'il soit "fait mention qu'il a été dicté, et nommé, et relu. La "troisième, qu'il soit signé par le testateur et par les témoins." Ferrière, "Cout. de Paris," tom. 4, p. 18 (ed. 1714). And again, the same author, speaking of a will made "ad interrogationem "alterius," says: "La validité d'un testament ainsi fait, "dépend beaucoup des circonstances, car les formalitez ne sont "pas requises dans les testamens, pour empêcher de tester, "mais pour empêcher qu'ils ne fassent contre la volonté et

" l'intention des hommes, ainsi il paroît par les circonstances, " que la disposition faite ad interrogationem alterius, a été " l'esprit de celuy qui l'a faite, elle doit être confirmé, ainsi " cela dépend de la prudence des juges " (pp. 105-6.) This mischief of a fraudulent, or false, or extorted, or even suggested disposition, instead of the genuine expression of the testator's wishes, is certainly not incurred where, as in this instance, the testator is asked what his wishes are, where he deliberately expresses them, and where the instrument which contains them, though previously written, is read over to and approved by him, Their lordships agree with the opinion of Mr. Justice TASCHEREAU on this point : " Il y a peu de doute que dans le " cas présent, le testament argué de faux en cette cause pré- " senterait à mon esprit une idée très forte de l'expression " vraie et complète des volontés de Mme Evanturel." The execution of this testament not having sinned against the mischief which the law was intended to prevent, the consideration next in order appears to be, what interpretation did this law receive from contemporaneous exposition ? This exposition is derived from the " arrêts," or judicial decisions on the question. and is evidenced by the usage and practice of notaries public. First, in considering the various " arrêts " cited both in the courts below and at the bar before us, we must distinguish those in which the testament was merely acknowledged in the presence of two notaries, though twice read in their presence and approved by the testator, from the present case, in which there was an actual dictation by the testatrix of the whole of her testamentary dispositions, though the writing did not follow that dictation. Even with respect to " arrêts " of the former description, there are three reported by Ferrière : that of Machéco, in 1597 ; that of Pisany, in 1602 ; and that of Claude Pollaët, in 1616, which latter " arrêt " was also confirmed by the appelate court, in which the testaments, acknowledged indeed, and in the last case also signed by the testator in the presence of two notaries, but not dictated, were pronounced to be valid. It will be borne in mind that the date of the declaration of the Coutume, is 1580 ; these " arrêts," therefore, so far as their authority extends, have the force of a contemporaneous exposition. There are, it is true, on the other hand, various " arrêts " to be found in the books in which testaments acknowledged and approved by the testator in the presence of two notaries, and twice read over, have been pronounced null, on the ground of their not having been " dicté et nommé, " according to the Coutume ; but there does not appear to be one in which a testament dicté as this testament was, has been set aside on the ground, either that the dictation was insufficient or that the

writing ought to have followed the dictation. And lastly, upon the point it is to be observed, that in the cases of "Robitaille vs. Bonneville and Routhier vs. Robitaille (1), decided by the Court of Queen's Bench for the district of Quebec, by Chief Justice SEWELL and M. Justice KERR in the year 1829, in which cases the testament was "inscrit en faux" on the ground that it was not legally executed as a "Testament solennel," that is, not "dicté et nommé" according to the law and as certified by the notary, M. Justice MEREDITH says, and no doubt with perfect accuracy: "The evidence adduced in that case has been placed before us, and from the depositions of the two notaries and other evidence, it appears that the second notary was not present when the will was written. And yet the will was held to be a good will. The case went to appeal, and was disposed of, as the Gentlemen of the Bar are aware, upon a different ground, and all that is said in the report respecting the point now under consideration is: The Court below, however, considered that the will had been regularly made, and rejected the "inscription en faux." There is no doubt that Jurists, both in Canada and in France, have differed upon the construction of this article of the Coutume. Their discordant opinions are more or less reflected by the conflicting decisions above referred to, and also by the difference in the practice of notaries in Canada. The interpretation put by the usage of these officers, who perform a public duty in the preparation of wills, is by no means unimportant; and the result of the evidence upon this head, is, that the practice of the leading notaries in the principal canadian towns of Montreal and Quebec, greatly preponderates in favour of the mode of executing a testament adopted in the case before us. It appears therefore to their lordships, that even if the french authority were admitted to be in favour of the stricter construction of the article in question, the latter interpretation has, both by decision and by long usage, acquired the force of law in Lower Canada. The 23rd art. of the "Ordonnance des Testamens" of 1735, and the 972nd art of the "Code Napoleon," have been referred to, and the decisions with respect to them were considered bythe judges of the court below whose opinions were adverse to the validity of this testament. Their lordships do not thing it necessary or expedient to enter into an examination of these decisions. There is, however, an observation arising from the consideration of these two later acts of french legislation which is, perhaps, not irrelevant to the question before us. The ordonnance requires that the notaries or one of them, "écriront les dernières volontés du testateur

(1) 1 R. J. R. Q., p., 343, et *suprà*, p. 431.

telles qu'il les dictera," and the article of the "Code Napoléon," that the testament "doit être écrit par l'un des notaires tel qu'il est dicté;" and a subsequent article provides that the prescribed formalities shall be observed under pain of nullity. The inference from the insertion of these additional formalities, and of the penalty by which they are guarded in this later legislation, is certainly not unfavourable to the liberal construction of the Coutume declared in 1580, under the authority of which the testament before us was made. After a careful consideration of the law, and of the authorities applicable to this case, inasmuch as it appears to their lordships, that the mode in which this testament has been executed is not obnoxious to the mischief which the Coutume intended to guard against, the testament being the expression of the undoubted wishes of the estatrix, and inasmuch as the force of contemporaneous exposition, embodied and continued in the practice of notaries down to the present time, is in favour of the validity of such an execution, an exposition in itself reasonable and sound, and having regard to the principle of the comparatively recent decision of the canadian courts in "Robitaille vs. Bonneville," their lordships will humbly advise Her Majesty, that the judgments appealed from ought to be affirmed, the validity of this testament pronounced for, and the costs of this appeal paid by the Appellants. (15 *D. T. B. C.*, p. 321: 16 *D. T. B. C.*, p. 353; et 6 Moore's Privy Counsil Rep. N. S., p. 75.

FORFEITURE.—CONDITIONAL LEGACY.—LEGATEE PROHIBITED FROM CONTESTING THE WILL.

PRIVY COUNCIL, 24th July, 1874.

On appeal from the Court of Queen's Bench for the Province of Quebec, Canada, (Appeal Side.)

Present: Sir JAMES W. COLVILLE, Sir BARNES PEACOCK, Sir MONTAGUE E. SMITH and Sir ROBERT P. COLLIER.

The Honorable FRANÇOIS EVANTUREL Defendant, (Appellant), *and* DAME EMÉLIE MALVINA EVANTUREL *et vir.*, EDOUARD REMILLARD, Plaintiffs and (Respondents).

A testatrix, by her will dated the 18th May, 1861, gave the usufruct of her estate to her son, the Appellant, charged with certain annuities in favour of her daughters and sisters, subject to the following condition:

"*Je veux et ordonne et ma volonté expresse est que si mes dites filles, ou aucune d'elles, venait à faire soit directement ou indirectement aucune démarche quelconque pour contester mon présent testament, qu'alors et dans ce*

cas mes dites filles, ou aucune d'elles qui voudraient ainsi chercher à contester mon présent testament, soient privées ou soit privée de tous droits quelconques dans ma dite succession, et de la rente viagère susdite, et que quant à celles ou celle qui voudrait contester mon dit testament, le legs à elle fait de la dite rente soit non avenu et caduc ; car telle est mon intention expresse."

One of the said daughters, her husband being co-Plaintiff with her *pro formâ*, by protracted litigation, unsuccessfully impugned the said will, as not having been duly executed, and as having been obtained by fraud and captation, and undue influence of the Appellant. They obtained a decree of the Superior Court, avoiding the will on the ground of informal execution, which was reversed by the Court of Queen's Bench ; the Superior Court then on remand dismissed the suit, having decided the issues as to fraud and undue influence against them. Those issues were finally abandoned by their counsel in oral argument before the Privy Council.

In an action brought thereafter by the Respondents (the said daughter and her husband) to recover from the Appellant, in respect of the annuity charged upon the estate as above, in which the Appellant pleaded a forfeiture thereof by the female Respondent under the penal clause by reason of said litigation :

Held : Firstly, that on the evidence the suit which impugned the will was the suit of the wife, acting as a free agent, in respect of her separate *chose in action* :

Secondly, that whether or not such penal condition attaches, if the contesting legatee desists from impugning the will before "*jugement définitif*," the Superior Court's decree of dismissal was such "*jugement définitif.*"

Thirdly, that according to the true construction of the clause, it was neither void for uncertainty, nor contrary to good morals, nor prohibited by any positive law, nor contrary to public policy :

The 760th and 831st articles of the *Civil Code of Canada* must be read together ; and by virtue of their provisions all conditions in a will, unless according to the plain meaning and intention of the testator they be contrary to law, public order, or good morals are effective, and cannot be regarded as minatory only, or dependent for their application upon the discretion of the court. Such discretion is not conferred upon the courts by the Code, and though exercised by the old French Parliaments, has been since authoritatively condemned and repudiated.

Such a condition as that contained in the said penal clause can only, in practice, be applied where a will has been unsuccessfully contested, and would, therefore, be ineffective to protect an illegal disposition, or to render operative an invalid testament. It is not against public order for a testator to protect his estate and representative against unsuccessful attemps to litigate his will.

Semble, under English Law effect is given to a condition of forfeiture so long as it is a *conditio rei licitæ*, if there is a gift over on breach thereof.

Cooke v. *Turner* (1) approved.

The main question decided in this appeal was as to the validity and legal effect of a penal clause contained in the will of one dame Marie-Anne Bédard, the widow of François Evanturel, which was in the following terms : "Je veux et " ordonne et ma volonté expresse est que si mes dites filles, ou " aucune d'elles, venaient à faire soit directement ou indirec- " tement aucune démarche quelconque pour contester mon

(1) 15 M. & W. 727.

" présent testament, qu'alors et dans ce cas mes dites filles, ou " aucune d'elles qui voudraient ainsi chercher à contester mon " présent testament, soient privées ou soit privée de tous droits " quelconques dans ma dite succession, et de la rente viagère " susdite, et que quant à celles ou celle qui voudrait contester " mon dit testament, le legs à elle fait de la dite rente soit " non avenu et caduc; car telle est mon intention expresse." Assuming it to be operative, the further question arose, whether the female Respondent, Dame *Emilie Malvina Remillard, née Evanturel*, a daughter of the testatrix, had thereunder forfeited her right to an annuity granted to her under the will, inasmuch as she, in conjunction with her husband had contested the validity and due execution of that will, in a suit instituted by them to obtain a share of the succession as in case of intestacy. The decision of this latter question turned upon the nature of that suit and the part taken by the female Respondent therein. The circumstances under which the above questions arose, together with a history of the litigation in which the said will was disputed, are sufficiently set forth in the judgment of their Lordships, and need not be repeated here. The final decision in favour of the validity of the will was pronounced by Her Majesty in Council, in the month of March, 1869, in the case of *Evanturel* vs. *Evanturel* (1). The action in which this appeal was made was thereafter commenced on the 28th of December, 1869, by the Respondents in the Superior Court for the Province of Quebec in the Dominion of Canada, in order to recover the arrears with interest of the annuity from the Appellant, on whose estate, derived under the will, the same was charged. The Judge of the Superior Court (TASCHEREAU, J.) decreed in favour of the Respondents, with costs. On the 7th of December, 1871, the full bench of the Superior Court (MEREDITH, C. J., and BOSSÉ, J., *dissentiente* TASCHEREAU, J.) reversed this decision and dismissed the action. The judgment of the Chief Justice MEREDITH contains the following discussion of the french authorities upon the question whether the penal clause above set out is contrary to public order: "It needs no argument to shew that if a will from any cause whatever be null, it could not be made operative by a penal clause; and it is equally clear that a legacy prohibited by law could not be shielded by a penal clause; but I know of no authority or argument which would justify me in saying that a penal clause, such as that now under consideration, may not lawfully be made use of for the protection of a legal

(1) Reported in Moore's P. C. Cases, vol. vi. (N.S.) 75; and Law Rep. 2 P. C. 462, and *supra*, p. 359.

will or bequest. Indeed, the learned writers cited in support of the judgment under review establish beyond doubt the distinction to which I have adverted. Merlin. the first of the authors cited in support of the judgment under review, expresses himself as follows: "Encore une fois, les dispositions "pénales n'ont rien que de valable, de légitime et de conforme "aux principes de notre jurisprudence; mais cette règle admet "les mêmes exceptions que celle qui autorise un testateur à "disposer sous telles conditions qu'il trouve à propos. Comme "on rejette, dans les dispositions conditionnelles tout ce qui "est ou impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou défen- "du par les lois, il faut pareillement rejeter et regarder comme "non écrites les clauses pénales qui ont pour objet des faits "au-dessus de la capacité de l'homme, deshonnêtes ou prohi- "bés." Merlin, Rep., vol. XXIII, p. 117 (tit. "Peine Test." No. V.) And, at the following page the same writer says: Le fait sur lequel roule la peine, est-il licite et possible ou "ne l'est-il pas? Dans la première hypothèse la disposition "est valable, dans la seconde elle est nulle et considérée comme "non-écrite." Merlin, Rep. vol., XXIII, p. 118. Pothier is the second author cited in support of the judgment, and that great jurist expresses himself as follows: "Au reste, il fallait "en ce cas examiner avec grand soin qu'elle avait été la vo- "lonté du testateur, et si effectivement sa vue principale avait "été de punir l'héritier par le legs dont il le grevait, ou sim- "plement d'apposer une simple condition à ce legs; car, "comme dit la loi, 2 ff. *de his quæ pœn. caus. pœnam a con- "ditione voluntas testatoris separat.* Justinien a abrogé "l'ancien droit, et a admis les legs *pœnæ causâ*, dans le cas où "l'héritier ferait ou ne ferait pas quelque chose, pourvu que "la chose que le testateur ordonnerait ne fût pas une chose "contraire à l'honnêteté publique ou aux lois." L. un. cod. *de his quæ pœn. caus.* Pothier, vol. VI, p. 321. Furgole, the third author whose opinion is given in support of the judgment, refers expressly to the case when a will is null, '*par quelque défaut de formalité*,' so that the passage quoted has no bearing upon a case such as the present where the will is in all respects unobjectionable. What Furgole does say (according to my view) bearing upon the present case, is this: "L'effet de la charge ou condition de ne point trou- "bler un légataire ou un co-héritier, à peine de privation de "la libéralité faite à celui auquel la condition a été imposée, "doit être réglée sur les principes que nous avons établis. "Cette condition a-t-elle un mauvais motif? A-t-elle pour "fondement un fait prohibé par la loi ou contraire aux bonnes "mœurs? il faut la rejeter sans balancer. Mais au contraire, "a-t-elle un motif juste, raisonnable, ou un fait qui n'a rien

" de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs ? il faut l'exécu-
" ter et lui faire opérer tout l'effet que le testateur y a attaché,
" et de la manière qu'il l'a ordonné ; parce qu'une telle condi-
" tion n'affecte pas moins la libéralité à laquelle elle est atta-
" chée que les autres espèces de conditions auxquelles la loi
" fait opérer leur effet de plein droit, ainsi que nous l'avons
" expliqué au tome 2, chap. 7, sect. 4, nombre 113 et suivants.
" Voilà pourquoi on ne doit avoir aucun égard à l'opinion de
" quelques auteurs qui ont prétendu que ces sortes de clauses
" ne devaient opérer aucun effet, ou qui ont si fort resserré
" leur effet par des restrictions ou des limitations qu'elles
" deviennent presqu'inutiles, parce que les sentiments de ces
" auteurs sont visiblement contraires aux véritables règles."
Furgole, vol. IV, p. 213. And at p. 207 the writer, in a few words, places the matter in a very clear light: "Toutes les
" difficultés sur la matière des dispositions pénales se ré-
" duisent à ce point vertical et décisif : ou le fait qui sert de
" fondement à la peine est licite et possible, ou ne l'est pas ;
" au premier cas la disposition est valable et efficace, au second
" cas elle est inutile et considérée comme non-écrite." The only other authority from the old law quoted in support of the judgment is a passage from Rousseau de Lacombe, and in the following number the writer says : " Mais l'apposition de la
" peine est permise pour soutenir une disposition licite en sa
" forme et en sa substance, et pour empêcher un obstacle in-
" juste à sa disposition licite." Rousseau de Lacombe, p. 745.
I now pass to the consideration of the modern french authorities bearing upon this point, and these authorities also I find I cannot view in the light in which they have been regarded in the judgment under consideration. The opinion of Larombière is referred to in that judgment as follows : " M.
" Larombière, en son 3me volume de la Théorie des Obliga-
" tions, No, 3 et p. 3, nous dit, qu'une telle clause est frappée
" d'une nullité radicale et absolue, comme contraire aux lois,
" aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public, et que le maintien
" d'une telle clause aurait pour résultat indirect de maintenir
" des dispositions nulles et de faire fraude à la loi. Il fait
" cependant subordonner le rejet de la clause pénale au succès
" du contestant, qui, dit-il, plaide à ses risques et qui ne le fait
" impunément qu'à la condition de gagner son procès." The passage in Larombière which seems to be referred to in the judgment is in the following terms : " Il convient alors d'ap-
" pliquer les dispositions de l'article 900 aux clauses par les-
" quelles un donateur ou un testateur enjoint à ses héritiers,
" donataires ou légataires, de respecter ses libéralités, et de ne
" pas attaquer l'acte qui les contient, sous peine d'être déchus
" de tous les droits suivant lesquels ils ont été appelés à y par-

" ticiper. La clause pénale sera par suite réputée non-écrite, " comme le serait la condition simple lorsqu'elle aura pour " objet d'assurer l'exécution d'une disposition qui est frappée " d'une nullité radicale et absolue, comme contraire aux lois, " aux mœurs, ou à l'ordre public." The meaning of the passage, as I understand, is not, as the judgment supposes, that such a clause is radically null as being contrary to law, good morals, and public order, but that such a clause is to be deemed null, " non-écrite, lorsqu'elle aura pour objet d'assurer l'exé- " cution d'une disposition qui est frappée d'une nullité radicale et absolue, comme contraire aux lois, aux mœurs, ou à l'ordre public." Larombière, vol. III, p. 3. Therefore it is plain that what is spoken of by the author as being contrary to law and good morals is not, as the judgment under view supposes, the penal clause, but the illegal object sought to be enforced or protected by such a clause. The commencement of the same number shews beyond doubt that Larombière is of opinion that the introduction of a clause such as that in question in a will is perfectly legitimate. " La " stipulation d'une clause pénale peut avoir lieu dans un tes- " tament aussi bien que dans un contrat. La volonté du tes- " tateur n'est pas plus gênée dans son expression que celle " d'un contractant, et les principes qui le régissent sont exac- " tement les mêmes. Ainsi un testateur peut valablement, " pour mieux assurer l'exécution de son testament, apposer " une clause pénale par laquelle il prive ses légataires ou " héritiers de tout ou partie du legs ou de l'hérédité s'ils " attaquent ses dispositions. Cette condition n'a en soi rien " de contraire aux prohibitions de la loi civile. Qu'importe en " effet que le testateur les prive ainsi conditionnellement " quand il peut ne leur rien donner du tout ? Maître absolu " de sa succession, il peut en disposer de la manière qui lui " convient le mieux sans que nul soit fondé à s'en plaindre ?" In the judgment under review it is also said : " M. Demolombe " en son Cours du Code Napoléon, vol. XVIII, étant le vol. I, " des Donations entrevifs et testamentaires, aux Nos. 283, 284, " 285 et 286, déclare une telle clause nulle et illégale ; car, dit-il, " l'accomplissement de ces solennités n'est pas seulement exi- " gé dans l'intérêt des héritiers, elle est aussi, dans l'intérêt " des testateurs, une garantie essentielle de la sincérité et de " la liberté de leurs dispositions ; et il ajoute au No. 286 que, " malgré une telle clause les héritiers peuvent attaquer un " testament pour cause de captation : et il cite la décision de " la Cour Suprême (Cassation du 27 mars, 1855) déclarant " une telle clause comme non écrite et contraire aux lois et " aux mœurs." The extract from Demolombe in the above passage is taken from No. 285 of his work, where he refers

to the case of a will "qui ne serait pas revêtu des solennités "exigées par la loi," and therefore, in my opinion, is inapplicable to the case before us, in which all the formalities required by law have been observed. The *arrêt* of the 27th of March, 1855, referred to in the same passage of Demolombe, concludes with these words (which Demolombe has placed in italics): "Sauf à voir ultérieurement si cette clause pénale devrait ou "non leur être appliquée," as to which he immediately adds: "Cette dernière partie du considérant de l'arrêt témoigne "que, s'il était décidé que le testament qui a été attaqué pour "cause de captation était l'œuvre de la volonté libre du testateur, la clause pénale devrait être appliquée à l'héritier qui "aurait succombé dans sa demande et qu'il n'en pourrait être "affranchi qu'en réussissant." (Comp. Cass., 1845, Mounier Dev., 1846, 1, 5; voy. les conclusions de M. l'Avocat Général Delangle.) And Demolombe adds: "Et telle est en effet la doc- "trine qui nous paraît devoir être admise, lorsqu'il s'agit d'une "action en nullité qui était fondée sur un motif d'ordre pu- "blic. (Comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, tom VI, p. 6) 288. "Bien plus! lorsqu'il s'agit seulement d'une action en nullité, "fondée sur l'intérêt privé de l'héritier, il n'y a pas à considé- "rer s'il a réussi ou s'il a échoué, et il suffit en général, à "moins de circonstances particulières qu'il ait contrevenu à la "défense qui lui avait été imposée par le disposant d'attaquer "l'acte par lui fait, pour que la clause pénale doive lui être "appliquée. C'est que, alors, comme il ne s'agit que de son "intérêt privé, c'est à lui de faire son option comme il l'en- "tendra, et il la fait à ses risques et périls." Ricard toutefois s'exprimait ainsi: "Il est pourtant véritable que dans l'évène- "ment, nous avons coutume de prendre ces peines écrites dans "un testament pour comminatoires; et on se contente d'adju- "ger simplement le legs à celui auquel il est fait, sans le profit "de la peine." (Loc. *suprà*, No. 1548.) Demolombe then gives his own opinion thus: "Nous ne voudrions pas avancer une "telle proposition; et nous pensons au contraire que le profit "de la peine doit être adjugé, lorsque l'héritier a manqué à la "condition que le testateur lui avait imposée de ne pas atta- "quer son testament; rien n'empêchant, disait Ricard lui- "même (No. 1547), que les volontés licites des testateurs "soient défendues par des conditions pénales légatoires. Seule- "ment il y a lieu d'examiner en fait, dans quel cas le légataire "aura effectivement manqué à cette condition. (Comp. Cass. "5 juillet 1847, Florin, Dev., 1847, 1, 839)." Demolombe, vol. I, *Donations et Testaments*, No. 288, p. 319. It seems to me, therefore, sufficiently plain not only that Demolombe cannot be regarded as holding such a clause to be illegal and null: but, on the contrary, that according to the opinion of that

writer, such a clause is legal, if used for the protection of a legal bequest, and that it ought to be enforced where the legatee has really acted in opposition to the conditions of his legacy. The opinion of Troplong is, it is admitted, opposed to the judgment under consideration, but I desire, nevertheless, to quote a short passage from his treatise on donations and wills, which gives, in a few words, the opinion of that distinguished jurist as to the question under consideration. After referring to the *arrêt* of the Court of Cassation, of the 22nd of December, 1845, maintaining the validity of a clause such as that now before us, Troplong states his own views thus: "Je pense que cet arrêt servira de "règle à l'avenir. Il n'y a rien de plus respectable que la "volonté d'un testateur qui cherche à prévenir les procès "après sa mort, et oppose un frein à l'esprit contentieux de "son héritier. La clause pénale doit donc produire ses effets "salutaires, et telle est la décision de Justinien, qui, repous- "sant d'anciennes subtilités, veut que toutes les peines pro- "noncées par le testateur soient exécutées quand elles ne "conduisent à rien de honteux, d'impossible, et de contraire "aux lois." Troplong, Don. et Test., vol. I, p. 282, No. 265. Indeed of all the modern writers quoted in support of the judgment under review, I know but one, Zachariæ, who holds that a clause such as that in question ought, in all cases, to be held illegal; and his editors, Messrs. Massé and Vergé, do not seem to share his opinion, for they add in a note: "La "condition de ne pas attaquer un acte nul quand cette nullité "ne touche en rien à l'ordre public, n'a rien que de licite." And they cite a number of authorities in support of that opinion. Zachariæ, vol. III, p. 181, note 14. The decisions of the French Courts, with hardly an exception, agree in holding the clause in question, when used for enforcing a valid bequest or will, to be indisputably legal, and it will be found that in a great number of those cases the penal clause was strictly enforced." See Montal vs. Richard (1); Mounier vs. Duquesnel (2); Regnier vs. Regnier (3); Moreau et al. vs. Dumontier (4); Eschalie vs. Eschalie (5)." On the 8th of June, 1872, the Court of Queen's Bench (Duval, C. J., Drummond, Badgley, and Monk, JJ., Caron, J., dissenting,) reversed the Judgment of the Superior Court. They held that the Respondents

(1) Sirey, 1843, vol. 1, p. 374.

(2) Sirey, 1846, vol. 1 p. 6.

(3) Dalloz, 1849, vol. I, p. 253.

(4) Dalloz, 1858, vol. I, p. 26.

(5) Dalloz, 1863, vol. 1, p. 36; 1867, vol. II, p. 36.

had not forfeited their right to the annuity by disputing the capacity and freedom of the testatrix, because such forfeiture could only be worked by reason of objections to the will which were prosecuted to final judgment; while the objections in this case had been voluntarily abandoned at the argument before the Privy Council, though not until after they had been overruled by unanimous judgments in both the Canadian Courts. They held, also, that the Respondents had not forfeited the legacy by contesting the due execution of the will, because a penal clause prohibiting such contest would be against public policy, and was at any rate only enforceable at the discretion of the court, and should not be enforced in the present instance, since there had been good grounds for doubting if the execution were valid. The judgment of BADGLEY, J., who delivered the judgment of the majority of the court, contains the following discussion of the french authorities upon the question whether the clause is contrary to public order. " It is abundantly evident from the french law authorities generally that a testamentary condition which would prevent the contestation of an informal will was absolutely null and held to be unwritten, as well by the old law itself as by its declared provision set out in the declaratory enactment of the 760th code article. " Les formalités sont réglées par la puissance de la loi, et personne ne " peut se soustraire à cette puissance, ni faire par quelque " précaution que se soit, que les lois ne puissent pas avoir lieu " dans son testament; " so held by *arrêt* of the 28th of August, 1708, vol. V, *Journal des Audiences*, ch. 42, liv. 8. Such a condition in itself is rejected as a legal nullity, and as being beyond the legal capacity of the testator, and according to the terms of the 760th article, in a will such a condition is considered as not written, and does not annul the disposition: " la disposition est considérée comme pure, et elle n'en est pas " moins valable parce que la condition est regardée comme " non-écrite," says Furgole, vol. II, p. 114. Ricard, at No. 1544, says: " On demande si le donateur ou le testateur peut interdire aux personnes qui ont intérêt de les combattre, la faculté de le pouvoir faire, et ce directement en l'ordonnant " ainsi, ou indirectement par apposition de peine ; à mon " avis, ou les moyens par lesquels la disposition peut être " contestée regardent la forme, ou la substance et la nature; au premier cas l'interdiction du défunt ne peut jamais être d'aucune conséquence, parce qu'il n'est pas en " son pouvoir de faire que les solennités de l'acte qu'il a " passé, qui sont établies par les lois par force de droit " public, n'y soient pas observées." Furgole is of the same opinion: he says vol. IV, p. 475: " Si dans un testament qui

"est nul par quelque défaut de formalité, le testateur dit: "Je veux que mon testament soit exécuté, et si quelqu'un de "mes successeurs légitimes l'attaque pour le faire casser, j'ins- "titue héritier un tel hôpital; une telle disposition sera nulle "et inutile, quand même par quelque privilège de l'héritier "institué en cas de contravention, le testament ne manquerait "d'aucune formalité pour le faire valoir à son égard, parce "que les solennités du testament sont de droit public, que les "formalités en sont réglées par la puissance de la loi, et que "personne ne peut se soustraire à cette puissance, ni faire par "quelque précaution que ce soit que les lois ne puissent pas "avoir lieu dans son testament. C'est ce qui a été très judi- "cieusement observé par M. l'Avocat Général de Fleury, dans "son plaidoyer lors de l'arrêt du 28 août 1708," above cited; and Furgole adds that this nullity applies to penal dispositions in conditions contrary to the law, that is, contrary to "les "coutumes ou les usages qui ont force de loi, parce que la "puissance est toujours la même." Ricard, who was a highly esteemed Jurist under Customary Jurisprudence, has supplied Furgole, who was a Jurist under the Civil Law Jurisprudence of France, at Toulouse, a *province de droit écrit*, governed by the Roman law, with much of his, Furgole's, textual learning upon the general law of wills; and Ricard, discussing the power of attaching conditions to testamentary dispositions, draws the distinction between conditions as to the validity of the will itself and those as to the validity of the disposition contained in the will. He gives instances of both, and amongst those of the former, where the intention of the condition was to sustain the will as it was, he says: "Où la disposition est "absolument pénale et se renferme seulement dans la peine prononcée par le testateur, c'est-à-dire qu'il se voit que sa "défense a été de faire subsister sa volonté contre la loi, Je "veux que celui qui disputera mon testament et les legs par "moi faits demeure privé de ma succession et que sa part soit "déférée à mes héritiers." Compendious as is this example given by Ricard, it is the type of the penal clause contained in the will of Madame Evanturel. The only difference between these two penal conditions is, that Ricard's expressly gives over the legacy which that in the will of the testatrix does not; both are in general terms, and express a general intention that the will must be sustained, and the conclusion of Ricard as to his example must, being in like case, conclude the Evanturel condition. Ricard says, "Pour lors comme on ne "remarque dans cette disposition qu'un esprit d'arrogance et "qui se veut élever au-dessus de la loi, pour empêcher l'exé- "cution de ce qu'elle permet et de ce qu'elle a ordonné, une "semblable disposition qui n'a d'autre but que de détruire la

" la loi est censée comme non-écrite et on n'y a aucun égard." Furgole holds the same doctrine, and, as already observed by him, such a general penal condition has no effect, and hence, " lorsque la condition est rejetée ou remise par la disposition " de la loi, la disposition est considérée comme pure, et elle " n'en est pas moins valable parce que la condition est regar- " dée comme non-écrite." Merlin, and other french jurists of eminence, have adopted the same opinion. A good deal of judicial conflict arose in the Court below as to the power and right of attaching penalties to testamentary dispositions, which, as a rule of law, seem to admit of no doubt, as Pothier, in his vol. VI, p. 321, says: " Pourvu que la chose que le " testateur ordonnerait ne fût pas une chose contraire à l'hon- " nêteté publique ou aux lois ; " and Merlin, vol. XXIII, *Répertoire,* p. 117, holds the same opinion. After stating that penal clauses may be attached to such dispositions, he adds, " Il faut pareillement rejeter et regarder comme non- " écrites les clauses pénales qui ont pour objet des faits au- " dessus de la capacité de l'homme, déshonnêtes ou prohibés." The amending legislation above referred to did not interfere with this common law power, nor have the declaratory articles of our code done so. Such conditions for protecting valid bequests are fully recognised by the law, but do not effect this case, the contention here being not the validity of a bequest, but the alleged obnoxiousness of a will against the formal requirements of the common law in force here, which could not prevent the impugning of a will for informality. The fallacy upon which the adverse judgment below rests is in considering the penal clause as inserted for the mere protection of the usufructuary bequest, which is perfectly legal in itself, and has not been questioned, and required no such protection if the will was valid, whereas the penal clause was altogether apart from that disposition, or any particular disposition of the will, and affected the validity of the notarial will as a legal instrument. Furgole, in his vol. IV, pp. 470, 471, refers to this, and after mentioning an *arrêt* of the *parlement de Paris,* of the 23rd of April, 1709, vol. V, *Journal des Audiences,* which enforced the execution of a will notwithstanding the penal disposition in it, observes that penal dispositions are valid in the same way as simple conditional dispositions: " que pour cette validité, il faut considérer " la qualité des faits qui sont le fondement de la peine," as penalties contrary to law in conditional dispositions are rejected and held as unwritten, so also they are rejected and held as unwritten in wills, " parce que l'on doit décider de " leur validité (les dispositions pénales) par la qualité de la " condition, et non par la peine qu'elles renferment, à cause

" que la peine seule ne fait pas obstacle à leur validité, etc. " Cependant la disposition pénale ne doit pas profiter en fa-" veur de qui elle est faite, lorsque la peine est fondée sur un " fait, etc., etc., contraire aux lois ou aux bonnes mœurs: " mais la chose doit demeurer à celui qui était chargé du fait " contraire aux lois, à cause qu'il est dispensé par les lois " mêmes de remplir ce fait, et qu'il ne doit souffrir aucune " peine à raison de l'inexécution, parce que la loi même l'en " garantit," concluding that the penalty is profitless when the fact upon which it is founded "*est tel qu'il ne peut et ne doit être rempli*;" in other words, a *conditio rei non licitæ*. It is evident, therefore, that the clause in question which tended to prevent, "directement ou indirectement," the legal test of the validity of an alleged informal will was contrary to law and public order, " aux lois et à l'ordre public," interfering with a question of "intérêt général," formalities in wills being *publici juris;* and the rule would hold even if the will should be found to be formal, for, repeating Furgole, " Une telle disposition sera nulle et inutile, quand même par " quelque privilège de l'héritier institué, en cas de contraven-" tion, le testament ne manquerait d'aucune formalité pour le " faire valoir à son égard, parce que les solennités du testa-" ment sont du droit public, que les formalités en sont réglées " par la puissance de la loi, et que personne ne peut se sous-" traire, ni faire par quelque précaution que ce soit que les " lois ne puissent pas avoir lieu dans son testament;" and so also held by Pollet, cited approvingly by Merlin "verbis " Peine Testamentaire", pp. 193-4, " pour assurer," dit Pollet, " l'exécution de ses dernières volontés, on prend ordinairement " la précaution d'imposer la peine de privation à ceux des " héritiers qui entreprendront de les débattre. Cette précau-" tion est aujourd'hui sans effet; l'héritier qui se pourvoit en " justice contre la disposition du défunt, n'encourt pas la peine " de la privation à moins que la poursuite ne puisse être accu-" sée d'une calomnie toute évidente." Under these circumstances the penal clause in the will should be regarded as unwritten; this is a conclusion of fixed law entirely unconnected with judicial interpretation, and therefore the annuity legacy is by law a pure and unconditional disposition existing in favour of the legatee." From this judgment of the Court of Queen's Bench the Defendant appealed to Her Majesty in Council.

Mr. BENJAMIN Q. C., and Mr. BOMPAS, for the Appellant, after referring to the evidence on the record to shew that the Respondent was a free agent in the litigation instituted to contest the will, that the litigation was of the character prohibited by the penal clause, and that therefore the Respon-

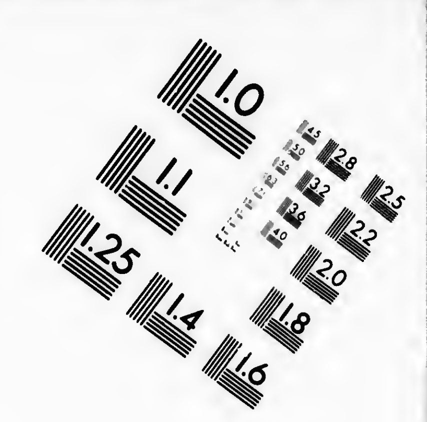
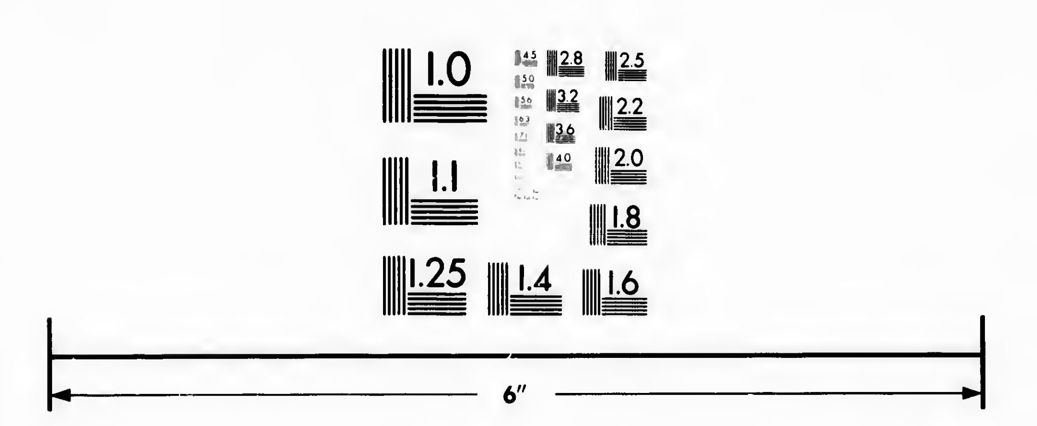


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)



4.5 5.0 2.8 2.5 3.2 2.2 3.6 4.0 2.0 1.8 1.1 1.0

dents were within its operation, contended that the said clause was valid. They relied upon the reasoning of MEREDITH, C.J., given above. As to the old law, Ricard, p. 817, vol III, c. 12, No. 1547, was absolutely conclusive. They referred also to "Civil Code of Canada," Article 760. The testatrix had given her whole estate, subject to a charge, on condition that her daughters were to elect, either to take the annuity and acquiesce in the will, or, if they attacked the will, to lose the annuity. The question was, whether the condition imposed by the clause was illegal. If the purpose which a condition is intended to subserve is lawful, then the condition itself is lawful; if the purpose is unlawful, so also is the condition unlawful. This condition would be illegal if it were designed to prevent a person from attacking an illegal or immoral will. See *Civil Code*, Article 831. You cannot effect a purpose which is contrary to law, good policy, and good morals, by a penal provision. By the Roman law a testator who could not take away his property from his heir imposed a charge upon it with a penal provision. If that was merely to annoy the heir it was nugatory, if otherwise, valid. See Pothier, vol. VI, p. 321, tit. "*Testament*," ch. 2, art. 3. And according to the true meaning of the French autorities cited in reference to a penal clause it follows that if a testator says: "I have done my best to make a valid will, and, although I may have failed, any one who disputes it shall lose his legacy," that is a valid condition. [SIR B. PEACOCK: You mean that a testator may lawfully say, that a person who wastes my estate by litigation, and exposes family affairs to my prejudice, is not an object of my bounty.] The *Code Napoléon* has not altered the law as laid down by the authorities. See Art. 900, and cases and authorities cited by Sirey in his note thereto. Moreover, the condition in this case has all the effect of a gift over, for the estate is given subject to a charge, which charge is extinguished if the legatee in whose favour it is made attacks the will. See *Cooke* vs. *Turner* (1); *Jarman* on Wills, vol. II, p. 52, 53; *Redfield* on Wills, Part II, p. 679, No. 34. The passages cited by Mr. Justice BADGLEY, from *Story's* Eq. Jurisprudence, vol. I, § 290, and vol. II, § 1318, refer, one to a condition in restraint of marriage, which is known to be illegal, and the other to the difference between a penalty in a bond and liquidated damages, and are no grounds for holding that this condition is, as he says, minatory only, and not to be put in operation.

Mr. BOWRING, for the Respondent, contended, on the evidence, that the female Respondent had not been a party to

(1) 15 M. & W. 727.

the contentious litigation regarding the will in the sense of actively desiring herself to dispute the will. Her husband was not merely a formal party Plaintiff, but had a clear interest in the suit as the administrator of his wife's estate under the *Code Napoléon*. The action was taken by him alone, without the consent of his wife: *Dunne* vs. *Dunne* (1). As to the penal clause, it was void for uncertainty; *e g.*, the phrase "directement ou indirectement." It must be construed as a whole, and no effect could be given to a prohibition against indirectly taking any step to dispute a will. It is impossible to define what the testator meant by "indirect contestation." Such a condition is *strictissimi juris*, and must be clear and certain in its terms. See *Fillingham* v. *Burnlay*, (2), in reference to heir and residue, and 2 *Jarman* on, Wills (1861), p. 13, as to conditions subsequent. He referred to passages in the french authorities which distinguish between a condition of this nature affecting the whole testament and a condition affecting a particular clause in it: 1 Furgole, sect. 13; 2 Bourjon, "Droit Commun de la France," Pt. V, c. 1, pp. 343-363, pars. 1, 2; 1 Ricard, "Traité des Donations," c. 12, pp, 769, 770, pars. 1543-1548; 4 Furgole, p. 250, s. 133; 1 Furgole, p. 532, s. 126; Rousseau de la Combe's "Recueil de Jurisprudence," p. 311; 1 Furgole, 542-546; Merlin's "Répertoire de Droit," vol. IX, p. 227. As to the English authorities upon the question of a condition being treated as minatory only, or as void in the absence of a gift over, he cited *Cooke* v. *Turner* (3): *Cooke* v. *Turner* (4); *Cooke* v. *Turner*, *Cooke* v. *Cholmondeley* (5); *In re Dickson's Trusts* (6).

The judgment of their Lordships was delivered by Sir JAMES W. COLVILLE: The Appellant is the son and the female Respondent a daughter of Dame Marie Anne Bédard, who, being then the Widow of the late François Evanturel, died on the 18th of November, 1863. By her solemn testament, passed before two notaries, and dated the 18th of May, 1861, she gave the usufruct of all her estate to her son, the Appellant, for his life, but, "à la charge" or subject to the obligation of paying a life annuity of £25 to each of her four daughters, and two smaller annuities to her sisters. Subject to this disposition the testatrix bequeathed "la propriété de ses dits

(1) 7 De G. M. & G. 207.

(2) 1 T. & R. 536.

(3) 15 M. & W. 727.

(4) 14 Sim. 500.

(5) 15 Sim. 611; see also 16 Sim. 482.

(6) 1 Sim. (N.S.) 37, 46; 20 L. J. (N.S.) (Ch.) 33.

biens, meubles et immeubles," to the children born and to born of the mariage of the Appellant with his then wife, equally, constituting them her "légataires universels en propriété." The 6th clause of the testament, on which all the questions be now to be determined depend, is in the following words: "Sixièmement. Je veux et ordonne et ma volonté expresse est, "que si mes dites filles, ou aucune d'elles, venait à faire, soit "directement ou indirectement, aucune démarche quelconque "pour contester mon présent testament, qu'alors et dans ce "cas mes dites filles, ou aucune d'elles qui voudraient ainsi "chercher à contester mon présent testament, soient privées "ou soit privée de tous droits quelconques dans ma dite succession et de la rente viagère susdite, et que quant à celles "ou celle qui voudrait contester mon dit testament, le legs à "elle fait de la dite rente soit non avenu et caduc; car telle "est mon intention expresse." The legal heirs of the testatrix were the Appellant and her four daughters, viz., Dame Marguerite Evanturel, the wife of Alfred Paré, Dame Sophia Evanturel, wife of Louis T. Suzor, the Respondent, Dame Emilie Malvina Evanturel, wife of the Respondent, Edouard Remillard, and Demoiselle Elmira Algré Evanturel, who alone of the four was unmarried at the date of the will and that of her mother's death. On the 7th of December, 1863, within one month of the death of the testatrix, an action was commenced in the names of the Respondents, claiming in right of the lady, as one of the coheirs of her mother, one-fifth of the succession, or, in the alternative, £2,500, with interest and costs, and alleging that the Respondent was in possession of the whole estate. It is unnecessary to go with any particularity into the pleadings in that action. It is sufficient to state that, in answer to the claim, the present Appellant set up the testament of 1861; that the Respondents impugned that document by an "inscription en faux," as not having been duly "dicté et nommé" to the two notaries; and, by another pleading, as having been obtained from the testatrix when not of testamentary capacity by the fraud and "captation," or undue influence, of the Appellant. The Superior Court, on the 5th of September, 1864, decided in favour of the Respondents upon the "inscription en faux," declaring the alleged testament to be null and void on the ground of its informal execution, and setting it aside with costs. But this decree was, on the 20th of June, 1865, reversed by the Court of Queen's Bench by a decree which set aside the "inscription en faux," and remanded the case in order that the Respondents might be at liberty to prove their allegations as to the incapacity of the testatrix, and the fraud and undue influence practised on her by the Appellant. These issues were decided against the

Respondent by the Superior Court on the 16th of May, 1866, and, on appeal, by the Court of Queen's Bench on the 18th of March, 1867, the result of the two decrees of the latter Court being the dismissal of the Respondent's action. Against those decrees the Respondents preferred an appeal to Her Majesty in Council, which, on the 15th of March, 1869, was dismissed, both decrees being affirmed, and the testament finally established, with costs On the 28th of December, 1869, the Respondents commenced the action out of which this appeal has arisen, for the recovery from the Appellant of $700, in respect of the annuity given to the female Respondent by the will, being $600 for six year's arrears of the annuity, and $100 for interest The defence to the action made by the Appellant was in substance that, by means of the contestations by the Respondents of the testament in the former suit, the female Respondent had forfeited, under the 6th clause of that instrument, all right to the annuity, which ought, therefore, to be declared " non avenu et caduc." To this defence the Respondents replied that the penal clause was bad in law ; that the Respondent: Edouard Remillard, had a direct interest in the former action under the " communauté de biens " subsisting between him and his wife ; that the penal clause could not affect this right ; that he brought the former action against the will of his wife : and that the action was not vexatious, inasmuch as the invalidity of the will had, on the " inscription en faux," been affirmed by three Judges out of six. The Judge of the Superior Court, M. TASCHEREAU, on the 6th of May, 1871, made a decree in favour of the Respondents. The full bench of the Superior Court, consisting of him and two other judges, reversed that decision on review, and dismissed the action by a decree dated the 7th of December, 1871 (he dissenting). But on the Respondent's appealing to the Court of Queen's Bench, that court (Mr. Justice CARON dissenting) by a decree dated the 8th of June, 1872, reversed the decree of the Superior Court, and confirmed the original decree of Mr. Justice TASCHEREAU in favour of the Respondents. The present appeal is against this last decree. The questions to be determined are the validity and legal effect of the 6th clause of the testament, and whether the female Respondent, if bound by it, has lost the right to insist on the payment of her annuity by reason of the proceedings in the former action. Their Lordships think it will be convenient to follow the course taken on the argument before them at least by the Respondent's counsel ; and assuming for the sake of argument the validity of the clause to consider in the first instance, the nature of the former action, and the part taken by the female Respondent therein. It has been contended that the action in

which the testament was disputed was the action, not of her, but of her husband ; and that it was brought by him against her will, and in respect of his interest under the "*communauté de biens*," which the 6th clause in the will could not, and did not, purport to affect. To estimate the weight due to this argument, it is necessary to see what were the relations between the two Respondents under their marriage settlement. By that instrument, which was executed on the 11th of June, 1860, the day before their marriage, it was stipulated as follows : " Il y aura communauté de biens entre les dits futurs " époux conformément aux dispositions de la coutume de Paris, sauf les modifications suivantes, savoir : tous les biens et " héritages, mobiliers et immobiliers, déjà échus, et qui écherront par la suite à l'un et à l'autre des dits futurs époux, soit " par succession, donation, ou testament, n'entreront point dans " la dite future communauté, mais au contraire sortiront nature " de propres à celui à qui ils seront échus et advenus et aux " siens de son côté et ligne, à l'exception toutefois des intérêts, " fruits et revenus des dits biens qui entreront cependant dans " la dite communauté." The community, therefore, which subsisted between the Respondents was, to use the language of the Civil Code (see Pt. IV, c. 2) not " legal," but " conventional," the effect of a legal community being qualified by the important stipulation that the moveable property which had come or might thereafter come to either consort by inheritance, gift, or testamentary disposition, was not to fall, as by operation of law it would fall, into the community. It follows that the share in Madame Evanturel's succession which was claimed by the Respondents in the former suit was a *chose* in action forming part of the female Respondent's separate estate, and that the husband could have no interest in it, except in respect of the income which, after it had been reduced into possession, might accrue therefrom and from time to time fall into the community. A suit to enforce such a claim would, *primâ facie*, appear to be the suit of the wife, though the law required that, like other suits in respect of her separate property, it should be brought with the sanction of the husband, and that he should join in it for the sake of conformity. Nor have any of the Canadian Judges taken a different view of it. Mr. Justice TASCHEREAU does not seem in either of his judgments to have touched this point. Mr. Justice BADGLEY, who gave the judgment of the majority of the Court of Queen's Bench, speaking of this former action, says : "The female Appellant, assisted by her husband for conformity, sued her brother by an action " en pétition de hérédité." Mr. Justice CARON and Chief Justice MEREDITH expressly treat this action as a breach of the condition, the

latter holding that an action in that form must have been in the contemplation of the testatrix, inasmuch as the will was made after the Respondent's marriage. It is, however, suggested, that the action, though technically and ostensibly that of the wife, was, in fact, instituted by her husband in her name, against her will, and that she is, therefore, not responsible for it. If it be true that her name was used without her knowledge or against her will, or that she was not a free agent in the proceedings taken ostensibly by her, but a person acting under the compulsion of her busband, that case ought to have been established by evidence. But there is nothing to shew that she was not a free agent in the proceedings so taken, proceedings which, if successful, would certainly have been for her benefit. She was examined in the course of the suit; she admitted that she was the Plaintiff or one of the Plaintiffs; she took no step to repudiate the claim made in her name; and the solitary circumstance from which an inference that she did not herself dispute the testament is drawn is, that when examined as a witness she admitted that at the date of the will her mother had sufficient intelligence to make a testament. Another point to be considered is the nature of the proceedings taken to dispute the will. It is said (and this assumption is the foundation of the judgment which Mr. Justice BADGLEY delivered on behalf of himself and the judges who concurred with him) that although the will was originally disputed on the grounds of fraud and captation, as well as on that of its informal execution, the former grounds must be taken to have been abandoned, and the testament to have been really disputed only upon the objection to its due execution which was raised by the "inscription en faux." The Respondents, however, after the order of remand of the 20th of September, 1865, disputed the will on the issues of fraud and undue influence; they appealed from the adverse decision on those issues from the Superior Court to the Court of Queen's Bench, and from the latter Court to Her Majesty in Council; and in the printed case filed by them as Appellants in the Privy Council, insisted upon all the grounds on which the will was originally disputed. The suggested abandonment, therefore, rests wholly on the fact that, on the hearing of that appeal, their learned counsel, exercising therein a sound discretion, declined to argue the issues of fraud and undue influence, on which, being questions of fact, he had the concurrent judgments of the two Canadian Courts against him. Mr. Justice BADGLEY, indeed, cites a text of Furgole, to the effect that, if the contesting party desists from his objection before "jugement définitif," he does not incur the penalty. The

fallacy of the learned Judge's argument consists in treating the Order of Her Majesty in Council as the first definitive judgment. The decree of the Superior Court on the trial of these issues of fraud and captation would clearly have been a definitive judgment if the Respondents had not themselves protracted the contest by going first to the Court of Queen's Bench and afterwards to the Privy Council. A party cannot put himself in a better situation by prolonging vexatious litigation than that in which he would have been, had he submitted to the first judgment against him. Their Lordships are, therefore, of opinion, that the former action must be taken to have been the action of the female Respondent, and that she must be taken to have therein disputed the will, not only upon the objections to its execution raised by the "inscription en faux," but also upon the grounds of fraud and undue influence." The legal effect and validity of the conditional or penal clause are now to be considered. It has been argued that this particular clause is so vaguely expressed that it should be held to be void for uncertainty. Their Lordships cannot accede to this argument, which seems to be principally founded on the words, "faire, soit directement ou indirectement, aucune démarche quelconque pour contester mon présent testament." The terms, though general, seems to their Lordships to point to a contestation of the testament in a Court of Law, and to be made so general in order to embrace every form of legal proceeding wherein or whereby such contestation might take place. There is, therefore, no such uncertainty in the clause as might prevent its application. A graver question raised is, whether the law permits or will give any effect to such a claim. The reasons assigned in the formal judgment of Mr. Justice TASCHEREAU, of the 6th of May, 1871, for treating the clause as "non-écrite," may be shortly stated as follows: 1. That in the circumstances of the case such a clause is contrary to public order ("l'ordre public"), inasmuch as the law requires the observance of certain formalities in the execution of wills, the testable capacity of the testator, and the absence of fraud and undue influence; and the strict application of such a clause would favour the non-observance of what the law requires and the commission of what the law forbids by deterring persons from disputing wills which on one or other of the above grounds ought to be declared void. 2. That such a clause, unless under exceptional circumstances, and in the absence of probable or reasonable cause for disputing the disposition, ought to be considered as inserted only in *terrorem* and deemed to be comminatory. 3. That the Respondents, in contesting the will, had not acted in the spirit of chicanery, but had a just and probable cause for sus-

pecting the validity of the will and requiring it to be proved by legal proceedings; and that the application or non-application of such a clause is in the discretion of a Court of Justice, to be exercised upon its view of the whole of the matters in dispute—"l'ensemble du litige." 4. That in the opinion of the court, it was not the intention of the testatrix to deprive her daughters of their small legacies if they disputed the very valuable gift to their brother, on all or any of the grounds upon which the validity of the testament was in fact disputed but only in the event of their disputing the justice of the distribution which she made of her property, and in particular the clause by which she discharged her son from the liability of rendering any account as her agent. The formal judgment of the Court of Queen's Bench, in support of the conclusion that "the clause, under the circumstances of the case, and considering the nature of the contestations of the testament by the Respondents, ought to be deemed "non-écrite," adopts and specifies the second and third of the above reasons. It is to be observed, however, that this document, which is the judgment under appeal, does not expressly declare the clause to be contrary to "l'ordre public," though many of the reasons given by Mr. Justice BADGLEY, in the judgment delivered by him, seem to favour such a conclusion; and further, that the words "vu la nature de la contestation du dit testament," taken in connection with the judgment delivered, make it uncertain how far the final judgment of the Court of Queen's Bench proceeded on its erroneous view of the supposed abandonment of the grounds of fraud and undue influence which has already been adverted to. The 760th Article of the Code Civil (by which it is agreed on all hands that this case is governed) is in these words: "Gifts, *inter vivos*, or by will, may be conditional. An impossible condition, or one contrary to good morals, to law, or to public order, upon which a gift *inter vivos* depends, is void, and renders void the disposition itself, as in other contracts. In a will, such a condition is considered as not written, and does not annul the disposition." This clause must be read in connection with the 831st, which declares that "every person of full age, of sound intellect, and capable of alienating his property, may dispose of it freely by will, without reserve, restriction, or limitation, saving the prohibitions, restrictions, and causes of nullity mentioned in this Code, and all dispositions and conditions contrary to public order or good morals." It appears to their Lordships that these Articles suffice to dispose of several of the conclusions on which the judgments under appeal have been shewn to be founded, of much of the reasoning of the learned Judges in

support of those conclusions, of many of the authorities cited at the Bar from ancient French writers, and of the arguments founded on those authorities. For example, these articles of the Code, of which the terms are, in substance, hardly distinguishable from those of the texts of *Justinian*, leave no ground, if ground there ever were, for the proposition repudiated, as Merlin (titre "Peine Testamentaire") shews by the best authorities that the Theodosian Code and therefore the Law of the "Antonines" on this point ought to prevail over that of *Justinian* in countries governed by the "Code of Paris." They also sweep away all the fine distinctions between penal and purely conditional dispositions which civilians have founded on the motives, real or supposed, of testators. But they do more. By declaring that a testator may impose upon his gift any condition not prohibited by the Code, and not contrary to law, public order, or good morals, they seem to cast upon Courts of Justice the duty of giving effect to all conditions, which do not fall within the above exceptions, according to the plain meaning and intention of the testator, to be collected from his language. This consideration would dispose not only of the fourth, but of the second and third of the above mentioned grounds for Mr. Justice TASCHEREAU's original judgment. Of the fourth, it may be remarked, that it proceeds on one of those forced constructions of a testament which are tantamount to the making of a new will for the testator; and that it would in effect make the whole clause nugatory, since it would be idle to dispute particular clauses in a will duly executed by a testator of undisputed capacity, having a testamentary power over the subject matter disposed of, on the mere ground of the alleged injustice or unfairness of the disposition. The second and third of the above mentioned reasons being those adopted by the Court of Queen's Bench, are closely connected together. It is stated by Merlin (Répertoire de Droit, vol. IX, p. 227, titre "Peine Testamentaire,") that little effect is given in practice to clauses of this kind; that "Paul de Castres" and a number of other authors regard them as purely comminatory; so that the penalties which they prescribe are not incurred as of absolute right by a breach of the condition, but are inflicted only in the very rare cases in which the suits brought by those whom the testator has forbidden to bring them, are found to have no other foundation than a spirit of calumny and vexation." This implies, not that the condition is in itself unlawful, or against public policy, but that either by an arbitrary rule of construction it is to be taken to import, however general may be its language, that the testator intended only to forbid the contestation of his will upon frivolous and vexatious grounds,

or that there resides in the Court of Justice a discretionary power of giving or refusing to give effect to it, according to their view of the motives and conduct of those who shall be found to have infringed its letter. There is nothing in the Code to warrant either of these propositions. The latter seems to rest upon the practice of the old French Parliaments; but the sort of dispensing or qualifying power so claimed and exercised by them has been condemned by the best Jurists, and repudiated in the Courts of Lower Canada, as is shewn by the authorities (1) cited by Chief Justice MEREDITH, and in the notes of Mr. Justice CARON'S judgment. And as the decisions of Courts claiming to exercise this anomalous power are the foundation of the rule of construction assumed in the former of the two propositions, and the rule itself is opposed to the ordinary principles of construction, their Lordships think that that also, if it ever existed, must be treated as obsolete; and that in order to support the judgment under appeal the condition in question must be shewn to fall within

(1) Those authorities are Furgole, vol. IV, p. 213, 214, in reference to Ricard, vol. I, p. 3, No. 1548. Merlin's *Réperpertoire de Juris.*, vol. XXIII, p, 115, tit. *Peine Test.*, No. X. The cases referred to by the Canadian judges are *Gagnon* v. *Paradis*, No. 213 of 1810; *Hunt* v. *Joseph*, Montreal, S. C., *Brousseau* v. *Desjardins*, 27 Sept. 1858; *Richard* v. *Fabrique of Quebec*; *McNevin* v. *Board of Arts*, 12 L. C. R. p 335.

Le débiteur qui, dans un contrat d'atermoiement et composition, obtient de ses créanciers remise d'une partie de sa dette, et termes de paiement, pour le reste, à la condition qu'il paie le montant de la composition au temps fixé, sera tenu de payer le montant de toutes ses dettes, s'il n'a pas fait les paiements de la composition au temps convenu, quoique, après l'échéance des termes de paiement de la composition, il ait offert d'en payer le montant. (*Beaudry et al.*, vs. *Bareille*, C. B. R. Montréal, 8 janvier 1845, 1 *R. J. R. Q.*, p. 447.)

La clause dans un bail par laquelle il est défendu au locataire de sous-louer sans la permission expresse et par écrit du bailleur n'est pas une clause comminatoire, et sa violation donne lieu à la résiliation du bail, à la demande du locateur, quoique, par le sous bail, la destination de la chose louée ne soit pas changée. (*Hunt* vs. *Joseph et al.* C. B. R. Québec, 2 *R. J. R. Q.*, p. 148.)

La clause, dans le bail d'un banc dans une église, par laquelle il est convenu que si le locataire du banc n'en paie pas le loyer au terme fixé, le bail sera nul et résolu de plein droit et que la fabrique rentrera en possession du banc et pourra procéder à une adjudication d'icelui, sans être tenue de donner aucun avis ni assignation au preneur, n'est pas comminatoire, et, si le preneur ne paie pas le loyer du banc, au temps convenu, la fabrique peut, sans assignation, concéder le banc à un autre dans les formes ordinaires, et en expulser le preneur par ses constables, s'il persiste à occuper le banc. (*Richard* vs. *Les Curés et Marguilliers de l'œuvre et fabrique de Québec.* C. B. R., en appel, Québec, 30 septembre 1854. LAFONTAINE, juge en chef, PANET, AYLWIN et C. MONDELET, juges. Confirmant le jugement de C. S. Québec, 19 avril 1854. DUVAL et MEREDITH, juges, 4 *R. J. R. Q.*, p. 260.

La convention, dans un acte d'obligation, qu'à défaut de paiement par le débiteur des intérêts dans les trente jours de leur échéance, le principal deviendra exigible n'est pas comminatoire, et doit être exécutée, et, après ce défaut, le créancier peut exiger le paiement du capital, quoique le débiteur offre les intérêts. (*McNevin* vs. *The Board of Arts and Manufactures for Lower Canada.* C. S. Montréal, 28 avril 1862, 12 *D. T. B. C.*, p. 335.)

the exceptions expressed by the Code as being impossible, or contrary to good morals, to law, or to public order. Impossible, or contrary, to good morals, it clearly is not; it is not prohibited by any positive law; the disposition which it is designed to protect is neither contrary to law nor public order, since the testatrix had an absolute power of disposition over her whole estate; and the question is, therefore, reduced to this, viz. Is this clause contrary to public order, because it is designed to prevent the doing of that which it is against public order to discourage ? In considering this question their Lordships will treat "public order" as identical with what in this country is termed "public policy," though the latter is perhaps the larger of the two terms. And they must deal with the proposition laid down by Mr. BOWRING, and indeed involved in the judgment of Mr. Justice TASCHEREAU, viz., that every condition which implies the prohibition to dispute a will as a whole, as distinguished from a particular clause in it, upon any grounds which affect the legal validity of the instrument as a testamentary disposition, sins against public order, and must be treated as "non-écrite." They must do this because as they have already shewn there is no ground for treating, as the majority of the Judges of the Court of Queen's Bench have treated the Respondents, as having contested the validity of the will merely on the grounds taken by the "inscription en faux," and also because there does not seem to be, in principle, much reason for the distinction taken by those learned Judges. For if society has an interest in securing the trial of the question whether all legal formalities have been observed in the execution of a will, it seems to have an equal interest in the trial of the question whether a will has been obtained by fraud, or the exercise of undue influence from a person of imperfect capacity. The question may be considered on principle and on authority. Upon principle, it is to be observed that the prohibition cannot be absolute, and can be invoked only where the validity of a will has been unsuccessfully contested. If there be a clear and patent defect in the formalities attending the execution of the instrument, or if the incapacity of the alleged testator be clear and notorious, the heirs or other parties interested will, of course, contest the will, and contesting it successfully, will set it aside with the clause of forfeiture. On the other hand, it is not easy to see why a testator may not protect his estate and representatives against unsuccessful attempts to litigate his will, by saying to a legatee, "I, being master of my own bounty, and free to give or to withhold, give you this legacy subject to the condition that you do not dispute the general disposition of my estate. You may contest the validity of

my will if you please: but you will do so at the peril of losing, if it be established, what it gives you." Then, is this view of the question opposed to the authorities? The French authorities (1) are reviewed at great length by Chief Justice MEREDITH on the one side, and Mr. Justice BADGLEY on the other. The result of them seems to be: First. That such a clause would unquestionably be a *conditio rei non licitæ*, and therefore of no effect, if it were designed to protect a disposition contrary to public order; which is not here the case. Secondly. That in the ancient jurisprudence there may be found texts which favour either side of the question, whether effect ought to be given to such a clause, when it goes to prohibit the contestation of the will as a whole; and some authorities which seem to recognise a distinction between contestations founded on the non-observance of the formalities for the execution of wills, and contestations upon other and more general grounds. But: Thirdly. That it is clearly established in France, by the concurrence of the best modern text-writers, and the decided cases, that such a condition is not contrary to law; and will be applied if, on any ground, the will be disputed unsuccessfully; or, in other words, that the party disputing it does so at his own risk and peril. Upon the second point it is, however, to be observed that one, at least, of the most important authorities cited by Mr. Justice BADGLEY, is capable of an explanation which would bring the case supposed within the first category. He cites from Furgole, the following passage: "Si dans un testament qui est nul par quelque défaut " de formalité le testateur dit: Je veux que mon testament " soit exécuté, et si quelqu'un de mes successeurs légitimes " l'attaque pour le faire casser, j'institue héritier un tel hôpi- " tal, une telle disposition sera nulle et inutile quand même " par quelque privilège de l'héritier institué, en cas de contra- " vention, le testament ne manquerait d'aucune formalité, pour " le faire valoir à son égard." It is obvious that this is a case in which the testator, having no original intention of bounty towards the hospital, makes the hospital, which under a special law was capable of taking under an informal will, his heir, in the event only of his legal heirs disputing the dispositions of his will, on the ground of its informal execution. The object, therefore, of the condition is to enable real objects of his bounty to take under an instrument which the law declares to be invalid, and so to protect a disposition contrary to public order. The Respondents meet the modern authorities by saying that, as they consist of the texts taken from the works of commentators on the *Code Napoléon* and the deci-

(1) See *ante*, pp. 451 et 456.

sions of the French Courts since the promulgation of that Code, they have little or no application to the present case. They are certainly not authorities which bind the Courts of Canada. But they seem to their Lordships to be, nevertheless, extremely valuable aids towards the right determination of the question whether the clause under consideration is contrary to public order. The question is certainly not conclusively determined by the ancient authorities. On this point it is sufficient to observe that Ricard himself, who is one of those most in favour of the Respondents, admits that a penalty is allowable when designed to defend a lawful disposition, although he goes on, in article 1548, to shew that the penalty is often, though not always treated as comminatory. And the very fact that, under the old system, Courts of Justice exercised a discretionary power in the application of such clauses, shews that they were not absolutely void, or (in French phrase) to be deemed " non-écrites," as being contrary to law or public order. We find, then, the modern French jurists, whether writing as commentators or actually administering justice in the Courts of law, dealing with the question whether, after the old discretionary jurisdiction had been exploded, and the law reduced, as in Canada, to a written code, such a condition is contrary to law. They have solved that question in the manner above stated ; and the solution is, in their Lordship's judgment, agreeable to reason. The phraseology of the French Code differs only from that of the Canadian Code in that it does not use the words "ordre public," but declares only that conditions shall be "réputées non-écrites" if "impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs." " L'ordre public " is, however, only the spirit or policy of the law, and the phrase is still used in some of the modern French cases when the question is whether the disposition to be protected is *res licita*. Demolombe, too (tom. XVIII, p. 319, art. 287), after stating that the penal clause is applicable to the heir who fails in his contestation of the testament, says expressly: "Et telle est, en effet, la " doctrine qui nous paraît devoir être admise, lorsqu'il s'agit " d'une action en nullité, qui était fondée sur un motif d'ordre " public." It was well observed during the argument that the determination of what is contrary to the so-called " policy of the law " necessarily varies from time to time. Many transactions are upheld now by our own Courts which a former generation would have avoided as contrary to the supposed policy of the law. The rule remains, but its application varies with the principles which for the time being guide public opinion. And in dealing with the question before them, their Lordships think that very great weight is due to the opinions

and decisions of modern French jurists. Though the question is one to be determined by the law of Lower Canada, and not by that of England, their Lordships think it right to say something upon the English authorities which have been cited before them. There are undoubtedly *dicta* and even decisions in some of the earlier cases to the effect that conditions of this kind were to be held to be *in terrorem* only, and, in the language of the Touchstone, "against the liberty of the law." But, in the case of personal legacies, effect was given to the condition if there was a gift over on the breach of the condition. The whole law on this subject appears to their Lordships to have been considered and put upon a sound foundation by the Court of Exchequer in *Cooke* vs. *Turner* (1) upon the case sent to them by the Court of Chancery. It was suggested at the Bar that that ruling was not acted upon by the Court of Chancery in the particular case. But, from the report of that case in the 15th volume of Simon's Reports, it appears that, though pressed to send the case before another Court of Law, the Vice-Chancellor of England declined to do so, but directed, in the interest of the unborn issue of a marriage, an issue so framed as not to involve the forfeiture by the legatees of their legacy under the clause assumed to be valid. The case of *ex parte Dixon* (2), which was decided by Lord Cranworth as Vice-Chancellor, after his judgment in *Cooke* vs. *Turner* (3), is supposed to conflict with the latter. But it does not really do so. No doubt the learned Judge says of such conditions as the present that they had been "considered (whether justly or not it is unnecessary to inquire) as contrary to the policy of the law." But he was not in any way called upon to decide that question; he was dealing with a condition of a very different kind, to which he gave effect. The real effect of his judgment is only that, if the condition be *conditio rei licitæ*, it ought to be enforced. It does not affect the authority of *Cooke* vs. *Turner* (3) Upon the whole, their Lordships have come to the conclusion that the preponderance of authority, as well as principle, is in favour of the judgment of the Superior Court on review, and they will humbly recommend Her Majesty to reverse the judgment of the Court of Queen's Bench, and to affirm the judgment of the Superior Court, with the costs incurred in the Court of Queen's Bench, and those of this Appeal. (6 Law reports, P. C., p. 1.)

Solicitors for the Appellant: Messrs. Bischoff, Bompas and Bischoff.

Solicitors for the Respondents: Messrs. Clark, Son and Rawlins.

(1) 15 M. & W., 727. (2) 20 L. J., (Ch.) (N.S.) 33. (3) 15 M. & W., 727.

INSCRIPTION POUR ENQUETE ET MERITE.

SUPERIOR COURT, Québec, 8 février 1864.

Before : STUART, J.

WOOD *vs.* SWINBURNE.

Jugé : Que pour inscrire pour enquête et audition finale aux mérites, la partie inscrivant ainsi doit avoir donné avis à son adversaire de son choix d'inscrire ainsi, avant l'inscription aux enquêtes seulement. (1)

On the 24th of November last, Defendant inscribed the cause for "enquêtes", for the 17th December, of which inscription Plaintiff was notified : On the 27th November, Plaintiff inscribed for "enquête" and merits, for the 9th December and notified Defendant of his inscription. On the 3rd February, Defendant moved to strike the inscription "aux enquêtes" and merits, and to set aside the proceedings thereon had : 1° because the cause had been previously inscribed for "enquêtes" only : 2° because the cause having been inscribed for "enquêtes" only, it was not competent to Plaintiff to inscribe for "enquêtes" and merits together : 3° because Plaintiff's inscription was irregularly made, he not having, at the proper time, either by his declaration, answer or reply, or otherwise, notified his option that the cause should be inscribed for the adduction of evidence and final hearing on the merits at the same time : 4° because previous to Defendant's inscription for "enquêtes", Plaintiff had never declared his option that the cause should be inscribed for "enquêtes" and merits together. It was argued for Plaintiff, that he, as *dominus litis*, had the right to inscribe either for "enquêtes" alone, or for "enquêtes" and merits, as he thought proper, and that Defendant could not, by inscribing for "enquêtes" alone, which would take place several days after the sittings for "enquêtes" and merits, retard the proceedings to the prejudice of Plaintiff. The Defendant answered that either party might inscribe for *enquêtes* and merits, if the option so to do had been notified to the opposite party. That, if no notice of such option had been given, it was competent to either party to inscribe for *enquêtes* alone, which was the course adopted by Defendant.

STUART, Justice : The question raised on this motion involves an important point of practice : "Whether a party who has not, by his declaration, plea, answer or reply, declared his option that the cause should be inscribed for "enquêtes" and merits, may so inscribe it, and this, notwithstan-

(1) V. art. 243 C. P. C.

ding its previous inscription for "enquêtes" alone by the opposite party?" M. Justice Taschereau concurs in the judgment I am about to render. In the Con. Stat. L. C., cap. 83, sect. 19, it is enacted that either party may inscribe for "enquêtes" and merits: "Provided that if either party in his declaration, plea, answer or reply,.... notifies his option that such case be inscribed (at the proper time) for the adduction of evidence and final hearing on the merits at the same time, or, if either party, before the inscription of such cause for the adduction of evidence, notifies to the other his option that such cause be inscribed for the adduction of evidence and final hearing at the same time." &c. This *proviso* gives the option to either party to inscribe for "enquêtes" and hearing, if such option is notified to the other, before a certain time. No such notice was given, the case was regularly inscribed for "enquêtes, and, immediately thereafter, the opposite party inscribed for "enquêtes" and hearing. The motion must be made absolute. (14 *D. T. B. C.*, p. 152.)

Holt and Irvine, for Plaintiff.

Campbell and Gibsone, for Defendant.

ACTION POUR POURSUITE MALICIEUSE.

Cour de Circuit, Quebec, 24 mars, 1863.

Présent : Taschereau, Juge.

Mimandre *vs.* Allard.

Jugé: Que dans une action en dommages pour l'émanation d'un warrant de recherche, sans cause probable, l'allégation de l'absence d'aucune cause probable est suffisante, et le Demandeur devra obtenir jugement, à moins que le Défendeur n'établisse que telle cause probable existait.

Le Demandeur poursuivit le Défendeur pour £50 de dommages, pour avoir fait émaner et exécuter contre lui un warrant de recherche, pour certains effets félonieusement pris et volés de lui le Défendeur, sans raison aucune, cause juste ou raisonnable, ou même probable; à cette action le Défendeur répondit par une simple défense au fonds en fait. A l'enquête, le Demandeur prouva l'émanation et l'exécution du warrant de recherche, à l'instance du Défendeur, mais ne fit aucune preuve de l'allégation que le warrant de recherche était émané sans cause juste ou raisonnable, ou même probable.

Taschereau, Juge: Cette action est en dommages, le Demandeur réclame du Défendeur £50, pour avoir fait émaner contre lui un warrant de recherche sans juste cause, et même

sans cause probable. A cette action le Défendeur a plaidé par une défense au fonds en fait à laquelle le Demandeur a répliqué généralement; à l'audition on a prétendu que le Demandeur ne pouvait avoir jugement, en autant qu'il n'avait pas prouvé l'absence de cause probable de la part du Défendeur pour faire émaner le warrant de recherche. J'ai eu quelques doutes dans cette cause, par suite de ce que l'on a voulu substituer les principes du droit anglais à ceux du droit français qui doit seul nous guider sur cette matière. (1) En conséquence, je ne crois pas qu'il fût nécessaire au Demandeur de prouver l'absence de cause probable. Il lui suffisait de l'alléguer, et c'était au Défendeur à faire cette preuve. JUGEMENT: La Cour condamne le Défendeur à payer au Demandeur £7 10s. et les frais. (14 *D. T. B. C.*, p. 154.)

PLAMONDON et GUILBAULT, pour le Demandeur.

LÉGARÉ et MALOUIN, pour le Défendeur.

PRESCRIPTION DES HONORAIRES D'HUISSIES.

CIRCUIT COURT, Quebec, 24 décembre, 1863.

Before: TASCHEREAU, Justice.

HÉBERT, *vs.* PENTLAND.

Jugé: Que les huissiers sont "officiers de justice," dont les honoraires se prescrivent par trois ans. (2)

This was an action brought by Plaintiff, a bailiff of the Court, against Defendant, a practising attorney, for the recovery of seven dollars, alleged to be due for services rendered to Defendant in the year 1857. To this action, Defendant pleaded the prescription of three years, under the provisions of the Con. Stat. L. C., cap. 82, sec. 34, sub-sec. 3. The words of the statute are: "And in all actions brought by Sheriffs and other officers of justice... for rendering any service in their official capacity, the Defendant may plead three years' prescription, dating from the date of the rendering of such services... and such prescription shall be a bar to such action." The Plaintiff contended that bailiffs were not officers of justice under this act, and that their fees could not be prescribed by three years. JUDGMENT: Action dismissed. (14 *D. T. B. C.*, p. 155.)

LANGEVIN, for Plaintiff.

ANDREWS and ANDREWS, for Defendant.

(1) 3 Campbell's Rep., p. 393.

(2) V. art. 2260 C. C.

RAPPORT D'ACTION.

SUPERIOR COURT, Quebec, 31 décembre, 1863.

Before : TASCHEREAU, Justice.

LEE, et al., *vs.* KINSMAN, et al.

Jugé: Que le défaut de la part du Demandeur de payer l'honoraire d'entrée le jour du rapport d'un writ, ne vicie pas le rapport qui a été fait. (1)

In the month of October last, a process *ad Respondendum*, with "saisie-arrêt simple" and "capias ad Respondendum," issued against Defendants, Kinsman and Johnston, returnable on the 24th of the said month. On the 20th October, the writs were returned into the office of the prothonotary by the sheriff, and the words "filed by sheriff, 20 October, 1863" with the initials of the deputy prothonotary, were endorsed on the back of the writs. On the 4th of December, then next, the prothonotary, at the request of Plaintiff, certified that the process "ad Respondendum," with the writs of "saisie-arrêt simple" and "capias ad Respondendum," issued in the cause on the 6th and 7th days of October, then last, and both made returnable on the 24th of October, were returned into the office of the prothonotary by the sheriff on the 20th of October, where they had since remained; that no person had applied at the office of the prothonotary to cause the writs, so returned, to be entered of record before the 26th day of October, when Plaintiff had, by his attorney, appeared and requested that the same should be entered, when the same were entered accordingly, but that Johnston, one of the Defendants, had not then nor since filed any appearance either personally or by attorney ; on this certificate, Plaintiff moved for the benefit of the default recorded, and for permission to proceed *exparte* against Defendant Johnston.

CAMPBELL, for Plaintiff, in support of the motion, argued that he was entitled to proceed *exparte* against Johnston, the Defendant who had made default, because, although Plaintiff had only paid the entrance fee upon the 26th October, still the writ was properly before the court on the 24th October, the day of the return: the sheriff had returned the writ to the Prothonotary, the officer of the court, on the 20th October, as was shown by the certificate of default, and the writ was then filed, as appeared both from the certificate of the prothonotary and the endorsation on the writ itself. If the prothonotary had refused to file the writ when it was returned

(1) V. art. 81, C. P. C.

by the sheriff, and it had not been entered until the 26th October, when the entrance fee was paid, then the motion for permission to proceed *exparte* might perhaps have been refused, but this had not been done, the writ was filed on the 20th October, and the only question which could arise, was one of credit between the prothonotary and Plaintiff.

ANDREWS, appeared for Defendant, and showed cause against the granting of the motion, on the ground that there could be no default recorded against a party who had not appeared in obedience to a writ, unless it was shown that the writ itself was properly before the court: now, in this case, the writ was returnable on the 24th of October, but was only entered on the 26th October, two days after the day of the return, but the law (Con. Stat. L. C. Cap. 83, sec. 9,) says: " The writ of summons shall be returned into the prothonotary's office, on the day on which it is returnable," the Plaintiff had not complied with this provision of the law and could not now claim the benefit of another provision of the same clause of the act which awarded the default against a Defendant who had not appeared on the day of return of the writ, or on the next following juridical day.

TASCHEREAU, Juge: Dans cette cause, le protonotaire a fait un certificat de défaut spécial. Le statut dit que tout writ sera rapporté le jour du retour. Le protonotaire n'a pas droit de faire aucune entrée sur le writ avant le jour du retour, mais, dans cette cause, il l'a fait, et, maintenant, c'est une question monétaire entre le Demandeur et le protonotaire. Le protonotaire a droit de refuser de prendre aucun papier s'il n'est pas payé de son honoraire, et il a droit même de dire que le writ n'est pas rapporté, mais, dans cette cause, le writ a été rapporté et enfilé au bureau du protonotaire le 20 d'octobre, ce qui est encore prouvé par le certificat produit avec cette motion; et, si le protonotaire a jugé à propos d'entrer cette cause sans le paiement de ses honoraires, pour lesquels il a donné crédit au Demandeur, le retour du writ ne peut être pour cela annulé. JUDGMENT: motion granted. (14 *D. T. B. C.*, p. 156.)

CAMPBELL and GIBSONE, for Plaintiffs.

ANDREWS and ANDREWS, for Defendants.

TUYAUX A L'EAU SONT IMMEUBLES.—ARTICULATION DE FAITS.

SUPERIOR COURT, Québec, 31 décembre 1863.

Before : TASCHEREAU, Justice.

ATKINSON *vs.* NOAD.

Jugé : 1° Que les tuyaux à l'eau et aux gaz sont *fixtures*, mais peuvent être emportés par le locataire qui les a posés, à l'expiration de son bail.

2° Que la vente d'une maison, avec ses circonstances et dépendances, inclura les tuyaux à l'eau et au gaz qui sont fixés pour demeure, à moins de réserves spéciales de la part du vendeur. (1)

3° Qu'une partie faisant défaut de produire une articulation de faits, devra, même dans le cas où elle réussirait, supporter les frais de son enquête. (2)

The Plaintiff claimed from Defendant a sum of $4,000, alleged to be due in virtue of a deed of sale of a dwelling house, by Plaintiff sold to Defendant, and in which Defendant had agreed to pay $4,000, part of the purchase money, when Plaintiff should have furnished her with a registrar's certificate showing the property sold to be free from mortgages or other charges. The Defendant admitted the purchase of the property, but pleaded, that the property was purchased with its dependencies and appurtenances, in the condition in which it was at the time of the sale, and, as it was then actually occupied by one Levey, as the tenant of Plaintiff; that, at the time of the sale, the property contained, as part of the appurtenances thereof, various closets, sinks, water-pipes, gas-pipes, basins, cocks, bolts, screws, nails and other fixtures, connected with and necessary for the transmission of gas and water throughout the said house, which were of great value and formed part of the appurtenances of the house, and were included therewith in the consideration or price of the property ; that notwithstanding the passing of the deed of sale, and the seizin therein given to Defendant, Plaintiff before the delivery of the premises so sold to Defendant, had illegally and without the knowledge or consent of Defendant, removed and carried away, or allowed to be removed and carried away, from the house, the closets, water and gas-pipes and other fixtures, above referred to, of the value of $174 ; that the balance of the instalment or sum of $4,000, had been tendered to Plaintiff, and had been accepted by him, in full discharge of the said instalment, with the exception of the sum of $174, which Defendant claimed she had a right to have deducted from the price of the house, as it had been lessened in value to that

(1) V. art. 379 et 380 C. C.

(2) V. art. 215 C. P. C.

amount; for these reasons, Defendant concluded that the action be dismissed. Issue having been joined, the parties proceeded to *enquête*, without having previously filed articulations of fact; and Plaintiff proved that, both in Canada and in Great Britain, the custom was to remove the gas-pipes and fittings, which was frequently done in Quebec by tenants on change of residence.

VANNOVOUS, for Plaintiff, argued that, if the water-pipes, gas-pipes, &c., were moveable, as he contended they were proved to be, then they did not form part of the property sold and the tenant had the right to remove them, but, if, on the other hand, the court should consider them immoveable, then Defendant would have to suffer the loss of them, as the pipes, &c., were in the house at the time of the sale, when Levey, the then tenant of the Plaintiff, had become the tenant of Defendant, and, as Defendant had permitted the removal of these pipes by her tenant, she could not now claim the value of them from Plaintiff.

HOLT, for Defendant, argued that the articles in question were fixtures, and formed part of the house, that, even if Levey, the tenant had the right, as towards his landlord, the Plaintiff, to remove them, they still were in the house at the time of the sale, and formed part of the property sold, inasmuch as the property was sold, with its appurtenances and dependencies, as the whole then was, and as occupied by Levey, Plaintiff's tenant. (1)

TASCHEREAU, Justice: On the 20th March, 1862, Plaintiff sold to Defendant a house in the city of Quebec, for a certain price. The house was then occupied by one Levey, as Plaintiff's tenant, and it was agreed that the rent from the 1st February should be received by the purchaser, and that the purchaser should pay interest on the price of sale from that date. Levey left the house on the 1st of May, and removed various gas and water-pipes, water closets, sinks, &c., of the value of $174; an instalment of the purchase money becoming due, Defendant claimed the right to deduct the costs of replacing the various fixtures, so removed, and the questions raised by the action, are, 1st whether the articles mentioned, were, or were not, actually part of the immoveable property sold: 2nd, whether if they were not, Plaintiff was liable to Defendant for their value. I have always been of opinion that such things as water-pipes, gas-pipes, &c., were fixtures, but a case must be decided by the evidence, and, as Defen-

(1) Authorities cited by the Defendant in support of his plea: Pothier, *Propriété*, Nos. 196, 245, 263; *Cout. de Paris*, Art. 90; Toullier, vol. 3, No. 15; *Civil Code of Louisiana*, sect. 458; *Code Civil*, No. 525; Pothier, *Traité des Choses*, § 1; Duplessis, vol. 1, p. 135; Pothier, *Vente*, No, 239.

dant has not, by her evidence, contradicted, or attempted to contradict Plaintiff's evidence, that these pipes, &c., are removeable, I must decide that Levey, the tenant, who had placed them in the house, had the right to take them away, that is as between him and his landlord; this decision is based upon several english authorities which show that these pipes, &c., are removeable by the tenant, and, upon the proof made in the cause of the facility with which they may be removed: but Defendant was entitled to receive the house in the condition in which it was when sold to her. These pipes, &c., were in the house at the time of the sale, and were presumed to form part of the house; Defendant could not know that they were placed there by Levey, the tenant, or that he had a right to remove them, and, as Atkinson, at the time of the sale, made no reservation whatsoever of these pipes, &c., I decide that the water-pipes, gas-pipes, &c., as between Plaintiff and Defendant formed part of the house sold by Plaintiff to Defendant, who is entitled to claim from Plaintiff the value of the pipes, &c., which were afterwards removed by his tenant. (1)

JUGEMENT: " La Cour, considérant que, par l'acte de quittance, en date du 20 septembre, 1862, fait et exécuté par le Demandeur en faveur de la Défenderesse, le seul montant en litige entre les parties serait réduit à la somme de $174, que la Défenderesse prétend pouvoir être par elle retenue, pour réparation et diminution de valeur dans la propriété à elle vendue, et ce à raison de ce que certains tuyaux et tubes servant à l'eau et au gaz, qui se trouvaient dans la propriété, au moment de l'achat d'icelle par la Défenderesse, auraient été subséquemment enlevés par C. E. Levey, le locataire de la maison, comme ayant été placés en icelle temporairement par lui, et qu'il avait droit d'enlever: Considérant que, lors de la vente, les tubes et tuyaux susdits, quoique pouvant facilement être déplacés des endroits où ils furent placés par Levey, étaient censés faire partie de la maison, que le Demandeur vendait à la Défenderesse, avec toutes ses appartenances et dépendances, et telle qu'elle était occupée par le locataire Levey: Considérant que le Demandeur, en vendant sa maison, était tenu de réserver et d'indiquer tout ce qui ne lui appartenait pas, et qu'en autant il était tenu d'indiquer et réserver les dits tubes et tuyaux, comme appartenant à Levey, qui les avait posés, et avait le droit des enlever à l'expiration de son bail: Considérant que, quoique Levey, en enlevant les dits tubes et tuyaux, ait détérioré la maison, néanmoins, la conséquence de cette détérioration, est une question à être vuidée

(1) Pothier, *Com.*, Nos. 53, 54, 60 ; Defau, *Manuel du Propriétaire*, p. 91 ; Pothier, *Vente*, No. 239.

entre le Demandeur et Levey, et non entre le Demandeur et la Défenderesse : Considérant que les nouveaux tubes et tuyaux, placés par la Défenderesse, pour remplacer ceux enlevés par Levey, et les réparations par elle faites à la maison, valaient la somme de $174, et qu'elle pouvait légalement faire cette substitution de nouveaux tubes et tuyaux, et ces réparations, et en opposer le montant en compensation à la demande du Demandeur : La Cour maintient l'exception péremptoire de la Défenderesse, déclare la somme de $174, balance due au Demandeur par la Défenderesse, compensée et payée par une égale somme de $174, due par le Demandeur à la Défenderesse, pour valeur des réparations faites aux dits tubes et tuyaux, et renvoie l'action du Demandeur, avec dépens à compter du 28 octobre, 1862, sauf que chaque partie supportera elle-même ses frais d'enquête, et ce en raison de ce que ni l'une ni l'autre n'ont jugé à propos de produire les articulations de fait requises en loi, et n'ont pas filé de consentement par écrit pour s'en dispenser mutuellement. (14 *D. T. B. C.*, p. 159.)

VANNOVOUS, for Plaintiff.

HOLT and IRVINE, for the Defendant.

VOITURIER PAR EAU.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Quebec, 1 septembre 1862.

Before : Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Chief-Justice, DUVAL, MEREDITH and MONDELET, Justices.

JUSON et al., Appellants, and AYLWARD, Respondent, and VICE-VERSA.

Jugé : 1o. Que le consignataire d'effets sur un vaisseau, ne peut insister à ce que ses effets lui soient livrés sur un allège fourni par lui-même, avant paiement du fret dû au messager requis de faire telle livraison. (1)

2o. Que dans le cas d'un vaisseau arrivant d'un port étranger, le déchargement des effets, après avis donné, sur un quai, où tels effets sont ordinairement déchargés, est une livraison valable. (2)

3o. Que si, en pareil cas, le propriétaire des effets refuse de les recevoir, et qu'ils soient endommagés par les intempéries de l'air, il devra lui-même en supporter la perte.

In the month of August, 1860, Appellants, Plaintiffs in the Court below, caused to be shipped on board of a vessel called the *China*, whereof Respondent, Defendant in the Court below, was master, certain goods and merchandize, to be car-

(1) V. art. 1679 et 2453 C. C.

(2) V. art. 2430 C. C.

ried on board of the said vessel from the port of Liverpool to the port of Quebec, and then to be delivered to Appellants, *upon payment of freight*; Respondent had signed the usual bills of lading. The *China* arrived at Quebec on the 7th October. On the same day, the agent of Appellants, who had previously forwarded to him their bills of lading, arranged with the master of a schooner to receive the goods and carry them to Montreal. On the 8th, Respondent was informed by the agent of Appellants that they would receive the goods into a lighter or schooner. On the 9th, the *China* came to the wharf, the agent, early on the same day, received the custom-house permits authorizing the forwarding of the goods, and again acquainted the master of the *China* with his intention to take delivery into a lighter. About mid-day, on the 10th, the schooner which had been engaged came along side the *China*. When the agent of Appellants saw Respondent on the 9th, Respondent referred him to the mate, who, he said, knew more about the cargo than he did. The Respondent then made no objection about delivering the goods into a lighter. On the morning of the 10th, the agent of Respondent again saw the mate, who told him to have his lighter ready about noon, so as to commence unloading. But a claim had been made by the consignees of the ship, which, being resisted led to the refusal to deliver the goods in the manner desired. The consignees of the ship claimed payment of the freight *in advance*. To this, the agent of Appellants would not consent, but offered any security that might be required. His instructions were, to pay the freight in full so soon as the goods should have been delivered into the lighter. It was in effect alleged in the declaration of Appellants that, upon arrival of the vessel at Quebec, being desirous of obtaining their goods and of having the same forwarded upwards from Quebec, without loss of time, they had hired a lighter to receive the goods from the vessel on the eighth of October, that they caused the lighter to be brought along side of the vessel for this purpose, and notified the master of the vessel of the fact, and that they were ready to pay the freight upon the goods, as soon as they should be put on board the lighter, or that they would give such security as would be required; that Defendant was notified that Plaintiffs would not receive their goods upon the wharf; that Plaintiffs had made a formal protest and demand to the above effect and that, nevertheless, their goods were discharged upon the wharf; that a portion of the goods landed upon the wharf were damaged and a portion lost, to their damage, &c., and taking conclusions accordingly. To this action Defendant pleaded that, after the arrival of the ship at Quebec, on the 8th October, her arrival

was duly reported at the custom-house and notice thereof given as well in the newspaper, as in writing, formally, to Plaintiffs, and also verbally on several subsequent occasions, and that, with all due diligence the vessel was in the usual and accusto .ed manner moored to East India wharf, at which it was usual and customary to land and deposit goods of that description, and which was a fit and proper place for that purpose; and that, immediately after the arrival, mooring and notice, Defendants caused the goods to be unshipped and landed upon the wharf, according to the usage of trade and the custom and practice at the port of Quebec; and, thereupon, Plaintiff's goods, save and except seven bars of iron, were duly delivered by Defendant to Plaintiffs, without that he Defendant ever neglected or refused so to do, or was otherwise guilty of the carelessness, negligence, misconduct, or mismanagement charged against him in the declaration; and that if, from the refusal of Plaintiffs to receive delivery on the wharf, or from their delay in removing the goods from the wharf, any damage was sustained, or expenses incurred, and set forth in the declaration, such loss could not be charged againts Defendant. The Defendant further alleged that the seven bars of iron missing were of the value of ten dollars, and deposited the same with his plea, with 13s., 7d. for costs. The following judgment was rendered, on the 5th September, 1860: "The Court, considering that Plaintiffs had " a right to obtain from Defendant delivery of their goods " into a lighter, and that no legal or sufficient reason was of- " fered by Defendant for his refusal so to deliver the same: " Considering that, by the refusal of Defendant to deliver " the goods to Plaintiffs in their lighter, and delivering " them instead on the wharf, they, Plaintiffs, were put to the " expense of wharfage, additional freight and labor, in all " amounting to the sum of one hundred and forty three dol- " lars and twenty cents, which he, Defendant, is by law bound " to pay and make good to Plaintiffs: Considering that Plain- " tiffs received delivery of their goods so made to them by " Defendant on the wharf, and that such manner of delivery " at the port of Quebec has been sanctioned by the Courts of " this country, and that the damage sustained by the goods " was caused by the default of Plaintiffs to carry away the " same, and not by any act of Defendant, and, consequently, " that he is not liable for such damage; the Court doth ad- " judge and condemn Defendant to pay to Plaintiffs, for the " causes hereinbefore first stated, the said sum of one hun- " dred and forty three dollars and twenty cents, with interest " thereon from the 5th day of September, 1860, and costs of

"suit." Both parties being dissatisfied with the judgment instituted appeals, and:

HOLT, upon the appeal of Juson, *et al.* said: It is contended, on the part of Appellants, that the Court having declared that Appellants were justified in refusing to take their goods from the ship upon the wharf, and in requiring a delivery into their lighter, could not consistently absolve Defendant from any of the consequences of his illegal conduct; and the question comes to be: if, when Plaintiffs, the owners of the goods, were ready to receive their goods into a lighter, demanded a delivery in that manner, and were able and willing to pay the freight, and had a right to demand such delivery, the carrier could *land* the goods otherwise than at his peril? If he landed them, was he not bound to take care of them? It does not seem to Appellants, that the reason assigned by the Court below for relieving Defendant for this responsibility is a sound one, either in its appreciation of the facts or of the law of the case. It cannot be said that Plaintiffs "received" the delivery on the wharf, for it is in evidence that they offered the most strenuous *résistance* to that mode of delivery; and, when the Court invokes the sanction of the Courts of this country to a delivery upon a wharf, it loses sight altogether of the reason of the rule, which, not only in this province, but in all commercial countries, declares that a carrier by water makes sufficient delivery upon a wharf. It cannot be doubted that, when the master of a ship undertakes to carry a bale of goods from Liverpool to Quebec, there to be delivered to A. B., he is not bound to find out the stores or place of business of A. B., and *there* deliver the goods: for his contract is only to carry from *port to port*; and, therefore, he makes a good delivery when, after proper notice, he discharges upon a wharf. "A ship, trading from one port to another, has not the means of carrying "goods on land; and, therefore, according to the established "course of trade, a delivery on the usual wharf is such a delivery, as will discharge the carrier. But this language must be "understood with the reasonable limitation and qualification "that due and reasonable notice thereof is given to the consignee. Where, however, the consignee of goods requires the "goods to be delivered to him on board of the ship, and directs "them not to be landed on a wharf, it seems that the master "must obey the request; for the wharfinger has no right to insist "upon the goods being landed at his wharf, although the vessel "be moored against it." (1) Upon this point, the *general* mode of discharging goods from a ship, there can be no difficulty, and Appellants do not understand how it is made a point at

(1) Story, *On bailments*, § 544, and the cases there cited.

all, by the court below; particularly, when the same judgment declares that the master of the vessel *had no right, under the circumstances of the case, to land Plaintiffs' goods.* The sole question, then, for consideration, is: Whether, or not, Plaintiffs having exercised a lawful right in refusing to receive delivery upon a wharf, Defendant is liable to them for the loss and damage sustained by the goods while they were being landed and afterwards while they remained upon the wharf? It is submitted, on the part of Appellants, that the goods were still under Defendant's care and charge, and that his obligations and duty as carrier remained entire and undiminished up to the moment when Appellants, fearing the *total* dispersion and loss of their goods, and solely as a measure of protection to themselves, took possession. (1)

JONES, for Respondent, upon the appeal of Juson, et al.: The pretensions of Respondent are that, having established that, according to law and the usage and custom of trade at the port of Quebec, he had made a good delivery by placing the goods on the wharf in the manner stated in his plea in the court below, the court could not legally condemn him in any sum of money whatever, but that, on the contrary, the action of Appellants, in the court below, ought to have been dismissed *in toto.*

JONES, upon the appeal by the Defendant Aylward, said: The Appellant contends, that he is entitled to a reversal of the judgment for the following, among other reasons: 1st. Because, by the contract between the parties, Appellant was bound to carry and convey the goods and effects of Respon-

(1) " The carrier must not leave or abandon the goods on the wharf, even " though there be an inability or *refusal* of the consignee to receive them." 2 Kent's comm. 817. " A carrier is not discharged by delivering the goods to " a wharfinger, whose warf he uses, but *continues to be liable until they are* " *received by the party.*" *Wardell* vs. *Mourillyan*, 2 esp. 693. " The master " will acquit himself of his obligation to deliver, if he lodge the goods with a " wharfinger; provided he take care that they be so lodged with him as to " make him chargeable with them. And he is bound so to land *and lodge* " them, where there is any difficulty about freight, instead of keeping them " on board." 1 Bell's, *Comm. on the laws of Scotland*, 469. " If the consignee is " unable, or *refuses* to receive the goods, the carrier *is not at liberty to leave* " *them on the wharf;* but it is *his duty to take care of them* for the owner." Story, *On bailment*, § 545. " If after such notice the consignee refuses to " receive the goods, it is the duty of the master *to take care of them* for the " owners; unless the consignee is under *an obligation to receive them*, when " they will be at his risk; and such facts are for the jury." Argell, *On the law of carriers*, § 306. " So the carrier will be excused for his delay in delivery, " if the consignee is dead or absent, or has refused to receive the goods, though, " in thoses cases, he is not justified in abandoning the goods, or by leaving " them unprotected on a wharf; his duty on the contrary, being to secure " them for the owner." *Ibid*, § 291. " The ordinance of Rotterdam allows the " master to detain the goods for his freight, but requires him to unload *and* " *take care of them, that they may not be diminished or spoiled.*" Chitty, *On the law of carriers*, [222].

dents, from the port of Liverpool to the port of Quebec, and, there, safely deliver the same to Respondents, and because Appellant proved and established in the court below, that he had in all things fulfilled the said contract; 2nd. because, in and by the three several bills of ladings, produced, it is stipulated that the goods of Respondents should be carried on board the ship to the port of Quebec, and there delivered to Respondents, and, because, upon the arrival of the vessel at the port of Quebec, and after due notice had been given to Respondents, and a reasonable time had elapsed after the ship's arrival to enable them to receive and take away the said goods, Appellant safely landed and deposited the same in and upon a certain wharf, at the port of Quebec, called the East India wharf, where by the usage and custom, at the port of Quebec, goods of the description of those mentioned in the several bills of lading are used and accustomed to be landed, for the use of the consignees thereof. 3rd. Because, in default of any place being stated in the bill of lading, at which the goods were to be delivered at the port of Quebec, Appellant had a right, after the arrival of the vessel, to place and deposit the same upon one of the public wharves, for the use of the consignees thereof, after due notice to them; and, because such mode of delivery is sanctioned by the law, as well as by the usage and the custom of the port of Québec. 4th. Because Respondents were not ready to receive their goods from the vessel, as they were bound to do; and, because, after a sufficient time had elapsed, Appellant landed the same as he was authorized by law to do. 5th. Because it is proved and established, as well by the evidence of Respondents themselves, as by that of Appellant, that, where no mention is made in the bill of lading as to the place at which the ship should discharge her cargo, it has been the invariable custom to land the goods on one of the public wharves, unless there had been an agreement, after the arrival of the vessel, between the captain and the consignee to land them otherwise. 6th. Because, if the delivery of Respondent's goods, on the said wharf, was sanctioned by law and custom, the charges claimed by Respondents, in and by their declaration in the Court below, amounting to the sum of one hundred and forty-three dollars, were not caused by any default on the part of Appellant in the delivery of Respondent's goods, and did not necessarily result therefrom, but the same were incurred by Respondents, in the performance of another and different contract.

Holt, upon the appeal by the Defendant said: The Defendant complains of the judgment, because, although it declared him not responsible for the goods short delivered, or for the

damage on the wharf, he is condemned to pay and make good the expenses of wharfage, demurrage, increased freight, labor, &c., incurred by Plaintiffs, through Defendant's having persisted in landing the goods when he was required to discharge them into Respondent's lighter. The master of a vessel, it is submitted, has not performed his contract, as usually set forth in bills of lading, until he has *delivered*, as well as carried. He cannot demand the freight so long as the goods remain in the hold, and there is no delivery until the goods are discharged and *out* of the ship. The proposition of Respondents is that the consignee has an absolute right to demand that his goods be discharged, either from one side of the ship upon a wharf, or from the other side into a lighter, at his option. In either case, if, after the goods are discharged, the freight remains unpaid, the master can prevent the goods from being taken away, in the exercise of his right of lien; and this he may do, either forcibly, or by legal process. But Respondents are confident that no authority can anywhere be found for the position taken by the agents of the *China*, and acted upon by Appellant, viz: that they were entitled to make the payment of the freight *in advance* a condition precedent to their delivering the goods into a lighter. Nor can they invoke that salutary provision of maritime law which, as a general rule, discharges the master, carrying from port to port, from all obligation to take charge of the goods, when landed after due notice to the consignee. The reason of that rule is founded solely upon the consideration that a sea-going vessel does not carry *by land*, and ceases to have any application when the consignee presents himself and demands a delivery in another way. The question then is: Has the consignee such a right? Does the master make *a good delivery*, when, contrary to the express directions of the consignee who has his lighter ready, he lands the goods upon a wharf? Authorities are not wanting to shew that the master is bound to discharge into a lighter, should the consignees require a delivery in that way: and Respondents have been unable to find any warrant for Appellant's pretension that the master may grant, or deny, that demand, at his pleasure. A memorandum of authorities is furnished, on this, as on the other points which arise, though less prominently, in the case, and Respondents beg respectfully to refer to the same. But, independently of express authorities, the question now submitted to this Court, in the light in which it is viewed by Respondents, is one of paramount importance in its bearings upon a commercial interest of surpassing magnitude which presents itself in this Province, upon, perhaps, a larger and grander scale than in most other countries in the world. The Respondents allude to

that most useful and most necessary class of public carriers known as *Forwarders*; whose theatre of operations is the highway of the St. Lawrence, the more humble waters of our numerous canals, and the broad expanse of the great inland seas beyond. The amount of tonnage so employed is very considerable, in the shape of side wheel and tug steamers, barges and schooners. One of the chief elements of commercial enterprise and success, is *the saving of time*, and it would be to strike a deadly blow at the best interests of trade, to sanction by authority any measure or pretension calculated in the smallest degree to check or discourage this object of the pursuit of the enlightened merchant. And, independently of this consideration, whence does the master of a vessel derive the right, not only to inflict upon the consignee the losses arising from mere delay, but also the various other expenses necessarily attendant upon the landing of a cargo, or of goods, the destination of which is beyond the port at which ends the voyage of the carrying ship? Such a pretension has neither the authority of reason nor of adjudged cases to support it, and is now raised for the first time. It is at variance, Respondents submit, not only with the law which the parties have made for themselves by entering into the contract which the bill of lading discloses, but also with the usage and custom of the Port of Quebec, which has obtained for a long series of years, in fact ever since there have been *forwarders* on our waters. (1)

(1) Authorities cited on the part of the Respondents, upon the appeal of the Defendant. I. The master cannot detain the goods *on board the ship* until the freight is paid. Chitty on the Law of Carriers, [22]; Abbott, on Shipping, (9th Ed.) 310. 2 Pothier, Charte-Partie, No. 90. Flanders on Shipping, § 281. II. If the consignee demand delivery into a lighter, the master cannot insist upon landing the goods on a wharf. Chitty on the Law of Carriers, [180]: Angell on the Law of Carriers, § 313: Story on Bailments, § 544: Flanders on Shipping, § 279: Addison on Contr., 501: Syeds vs. Hay, 4 Term R., 260. In this case, Syeds vs. Hay, which was an action of trover; the ground of defence chiefly relied upon was that the action should have been *on the case*, and not *trover*, and the Defendant's counsel admitted that, under the circumstances, an action on the case lay against the carrier for a *misdelivery*. "The action was brought by the owner against the captain of the "vessel in which the goods had been shipped. They were left by the Defen-"dant in the hands of a wharfinger for the Plaintiffs' use; and he might "have had them at any time by sending there and paying the wharfage. "But, previous to their being landed on the wharf, the Plaintiffs, intending "to convey them from the vessel himself, expressly directed the Defendant "not to land them there, which the latter promised not to do, but neverthe-"less he did so. The Defendant by way of justification for this breach of "orders and promise, attempted to set up a usage that every wharfinger, "against whose wharf a vessel was moored for the purpose of unloading, "as in the present case, was entitled to the wharfage free for all goods un-"loaded therefrom, whether landed on the wharf or not; and that therefore "the wharfinger had a lien thereon, of which it was not lawful to divest "him." Lord Kenyon, doubting whether the action should not have been

MEREDITH, Justice: Juson & Co., merchants of Hamilton, C. W., caused to be shipped on board of the China, whereof Thomas Aylward was master, certain goods to be carried from Liverpool to Quebec, and there to be delivered to Plaintiffs. On the arrival of the China, Plaintiffs, Juson & Co., required Defendant to deliver their goods on board of a schooner called the Provence, which they had hired for that purpose, and Defendant offered to accede to their request, provided the freight were first paid. The Plaintiffs, however, refused to pay the freight until the goods should have been actually delivered on board the Provence; and, thereupon, Defendant landed the goods upon a wharf, at which goods, such as those forming the cargo of the China, are usually landed. The Plaintiffs, being of opinion that they had a right, without previous payment of the freight, to insist upon their goods being placed on board of the Provence, had no person in attendance on the wharf, to receive their goods when they were delivered there; nor did they look after them in any way until some days after they had been landed; when Plaintiffs, fearing the total loss of their goods, took possession of them. The evidence establishes that, in the interval between the time at which the goods were landed, and the time at which they were taken possession of by Plaintiffs, a portion of them was lost, and a further portion injured by the inclemency of the weather. And, it is also established that Plaintiffs were subjected to additional expenses to a considerable extent by the delivery on a wharf, instead of into a lighter as required. The principal question which this case brings under our consideration is: whether a consignee of goods on board ship, can insist upon his goods being delivered *upon another vessel, before* the payment of the freight due to the carrier required to make such delivery. That a common carrier has a right to retain possession of goods carried by him until payment of his freight,

on the case, reserved this point for the consideration of the Court, and the Plaintiff had a verdict. A rule to set aside the verdict and enter a non-suit having been granted and argued; the learned Judges KENYON, CH. J., ASHURST, J., BULLER, J., and GROSE, J., delivered their opinions to the effect that the Defendant was liable, and that the rule should be discharged. Buller, J., said: "I am of opinion that the objection to the form of the "action is not well founded. *For the Plaintiff gave express orders to the De-"fendant not to land the goods on the wharf*, to which the latter agreed at the "time, but afterwards *disobeyed those orders* and delivered the goods into the "possession of the wharfinger. So here the Defendant by putting these "goods into the custody of a wharfinger *brought a charge on the Plaintiff*. "And this is a *deliberate act*, being done *contrary to the orders of the owner*." III. The master, if the freight be not paid after the goods have been discharged, may seize and detain them in the lighters or barges. Ordce. of Wisbury, Art. 57. Ordce. de la Marine, Book III, Tit. 3. Art. 23, Fret: Ordce. of Rotterdam, Art. 157. Cleirac, Art. 21, Note 3, p. 72 (Commentary on the laws of Oleron). Consolato del Mare. 2 Magens, 106.

cannot be doubted, and, indeed, is not denied; but it is said that, even if Defendant had delivered the goods in question, as was requested, he would have had a right to detain the schooner containing them until the freight was paid, and reference has been made to the case of Sodergreen vs. Flight, in which "the captain of a ship was allowed a lien on a part of "a cargo which had been removed into a lighter sent by the "vendee alongside of the ship, but which the captain after-"wards fastened to the ship's side, to prevent its final removal." (1) It is not necessary to decide, in this case, whether, under our law, Defendant, as master of the China, in consequence of a difficulty between himself and Plaintiffs, would have had a right *of his own authority, to detain a vessel belonging to a third* party. Even if it be assumed for the sake of argument, that Defendant would have had a right to detain the schooner upon which Plaintiffs wished their goods to be delivered, until the freight due upon them was paid, still, it must be admitted that, if Defendant had had occasion to enforce his right of lien, the cost and difficulty incident to the exercise of that right, would have been very greatly increased by the fact of the goods having been placed upon a vessel belonging to a third party. According to this view, Plaintiffs required Defendant to do an act tending to impair materially his lien for the freight due to him; and, as Plaintiffs had no greater right to ask Defendant to impair his lien, than to defeat it altogether, I think Defendant was justified in refusing to accede to the request of Plaintiffs. In making the foregoing remark, I have considered the question to be decided mainly with reference to the rights of Defendants; but I think the same result would be arrived at, is the case were considered more particularly with reference to the rights of Plaintiffs. They had a right to have possession of their goods *after* payment of the freight due. Whereas if their demand had been acceded to, that is, if Defendant had delivered the goods on board the *schooner, provided by Plaintiffs*, without pre-payment of the freight, Plaintiffs would have had possession of the goods *before* paying the freight. In a word, Plaintiffs would have had, in their own possession, their own goods, and the freight due upon them to Defendant, and to this possession, *both of the goods, and the freight, at one and the sametime*, they were not entitled. If this view of the case be correct, that is to say, if Plaintiffs had not a right to demand delivery of their goods on board their lighter, before paying the freight due, then, there is nothing to exclude this case from the operation of the general rule

(1) *Sodergreen* vs. *Flight*, cited in *Hanson* vs. *Mayer*, 6 East, 614; Angell, Com. Carrier, No 370.

which obtains in England and in the United States, and which has been invariably acted upon in this country, that the landing of goods, on the usual wharf, after due notice, is a good delivery. If the present case comes within that rule, then as Defendant acted in conformity with it, I do not think that he can be liable, either for the extra expenses to which Plaintiffs were subjected, in consequence of their goods having been landed on a wharf, or for the damages done to the goods, in consequence of Plaintiff's having failed to look after them for some days. Authorities have been cited as establishing "that "if the consignee is unable to receive or refuses to receive the "goods, the carrier is not at liberty to leave them on the "wharf; but it is his duty to take care of them for the ow- "ner." (1) There are many cases in which I would think it the duty of the Court to act upon the above doctrine; but where the owner having received due notice, is aware that his goods are being landed, and wilfully refuses to take charge of them; it seems to me impossible that he can be allowed to make any other party liable for damages done *to his own goods,* in consequence of *his own wilful neglect.* For these reasons, I am of opinion that the action of Plaintiffs ought to have been dismissed: and that the judgment of the Superior Court must be modified accordingly; and, I have the less hesitation in adopting this course, as the proposed judgment, which I believe is such as the rules of law dictate, is in accordance with the well established usage of trade at Quebec, as proved by the weight of evidence in this cause. To prevent misapprehension, I may add, that the present judgment, at least so far as I am concerned, is not to be understood as deciding that consignees *in all cases* may demand a delivery of their goods into a lighter, on condition of paying the freight in advance. James Gillespie, who has been extensively engaged in trade at Quebec for the last thirty years, says: "It "would be impossible for a vessel, having a general cargo, "and where there are a large number of consignees, to deliver "their goods to the several consignees in lighters, without en- "tailing very great delay upon the ship." This opinion which is in accordance with that of several other witnesses, fully competent to speak on the subject, seems to me to be reasonable. But in cases where from the nature of the cargo, or from the small number of the consignees, it would not be more troublesome or expensive for the master to deliver his cargo into a lighter, than on a wharf, it would seem reasonable, that upon payment of the freight due, the consignee should have, as Plaintiffs in the Court below contended, a right to demand

(1) Story on Bailment, No 545.

that their goods be discharged, either from one side of the ship, upon a wharf, or from the other side, into a lighter, at their option. On these points, as they do not present themselves in this cause, I express no positive opinion; and I now allude to them merely to prevent wrong inferences from the present judgment.

"The court, considering that Thomas Aylward, Defendant in the court below, had a lien on the goods mentioned in the pleadings, belonging to R. Juson and Co., Plaintiffs in the court below, for the sum of $601.77 due to him, as freight for the carriage of the goods on board the ship *China*, from Liverpool to Quebec: Considering that, if Aylward had delivered the goods on board of a schooner belonging to a third party, as required by R. Juson and Co., the enforcement of the lien of Aylward on the goods (if possible) would have been attended with much greater trouble and expense than if the goods had been delivered upon a public wharf, in the usual course of trade: considering, therefore, that Aylward, was not bound to deliver the goods on board of a schooner belonging to a third party, as required by R. Juson and Co., and that Aylward had a right to deliver the goods as he did, upon a public wharf, in the usual course of trade, and that Aylward cannot be held liable for the expenses to which R. Juson and Co., were subjected, in consequence of their goods having been delivered on a public wharf, as aforesaid, nor for the damage caused to the goods in consequence of R. Juson and Co., having wilfully allowed the same to remain on the public wharf for several days exposed to the rain and bad weather. Considering, therefore, that in the judgment of the court below, in so far as it declares that the damage sustained by the goods " was caused by the default of Plaintiffs (R. Juson and Co.,) to carry away the same, and not by any act of Defendant," (to wit, Aylward) there is no error; but that the said judgment is erroneous in so far as it condemns Aylward to pay a sum of $143.20, for the expense of the wharfage, additional freight and labour, to which, it is alleged R. Juson and Co., were subjected, on account of the delivery of the goods on a wharf, as aforesaid, doth, in consequence, confirm the judgment of the Superior Court at Quebec, rendered on the 5th day of September, 1861, in so far at it dismisses the claim of Juson and Co., against Aylward, for the said damages, and doth reverse the said judgment, in so far as it condemns Aylward to pay to R. Juson and Co., the said sum of $143.20, with interest and costs: and, proceeding to render such judgment as the court below ought to have rendered, as regards that part of the demand of R. Juson and Co., in relation to which the said judgment of the court is hereby reversed, doth declare the tender made by Aylward of ten dollars as the value of seven bars of iron which he failed

to deliver to R. Juson and Co., good and sufficient; seeing that the said sum of ten dollars, deposited by Aylward, together with thirteen shillings and seven pence, deposited as costs, hath been received by R. Juson and Co. (14 *D. T. B. C.*, p. 164.)

HOLT and IRVINE, for Juson and Co.

JONES and HEARN, for Aylward.

COMMUNAUTE DE BIENS.—OBLIGATION PAR LA FEMME.

CIRCUIT COURT, Sherbrooke, 12 mars, 1863.

Before: SHORT, Justice.

MORKILL, Plaintiff, *vs.* JACKSON, Defendant.

Jugé: Que le mari, dans le cas de communauté légale, n'est pas responsable des dettes contractées par la femme pour le maintien d'un établissement séparé de celui de son mari, si elle s'est volontairement absentée de son domicile sans cause légale. (1)

This was an action of assumpsit for goods sold and delivered. It was founded upon an ordinary trader's account, and the action was brought in the usual way, as if there were no exceptional circumstances. The Defendant's plea was that Defendant had never purchased the goods, that his wife might have done so, but of this he was ignorant; that his wife had not lived with him for twenty years, and more, and that she left him without any cause, and against his will; that he had always provided a home for her and enough for his household; that these facts were all well known to Plaintiff, and if he sold her goods it was on her credit, not on the credit of Defendant. The Plaintiff answered to this that there was no legal separation of property between Defendant and his wife; that a *communauté* existed between them, and that Defendant, as *maître de la communauté*, was liable for the debts of the *menage*; that the goods furnished were ordinary household supplies for persons in their station in life. The Plaintiff proved the sale and delivery of the goods to Defendant's wife, and the prices, and that the goods were such as persons in Defendant's station in life were wont to have, and rested his case there. The Defendant proved the material allegations in his plea; that his wife left his house against his urgent request for her to remain; that he had always been ready to receive her back; that he provided amply at his own domicile for his household; that his wife, by means of her own property, with which he had not meddled, had kept up an establishment, some twenty miles from Defen-

(1) V. art. 1280 C. C.

dant's, and Plaintiff, as well as other traders, had furnished her what she required in goods, and gave her credit *ad libitum*, never charging the goods to Defendant, or receiving any recognition of their accounts from him in any way. That it was only when her supplies ran low from certain causes, that an attempt was made to attach liability to Defendant. It was proved by Plaintiff, in rebuttal, that Defendant had never made any allowance to his wife for her support separate from him, and that he consented to the separation so far, and so far only, as not to resist it by the legal remedies open to him; not approving of it, and refusing to do any thing that might be construed as an approval on his part. It was also proved that he had refused to give his authorization for the sale of his wife's real property, which she had frequently requested him to grant. On behalf of Plaintiff it was contended that, by the fact of marriage in Lower Canada, Defendant had formed a partnership in the eye of the law with his wife, which existed unless legally dissolved, and so far as third parties were concerned, was unaffected by any mutual arrangement to live separately, "*cette convention fait présumer celle de mettre en commun leur mobilier, leurs revenus, les fruits de leurs épargnes et de leur commune collaboration.*" That whatever was furnished for the support of either of the *conjoints*, was *d'autant* a contribution to the *communauté*, and created, *ex lege*, an obligation on the part of the husband to pay for it. The only means of reaching the *communauté* was by action against the husband, and unless he was held liable to liquidate such debts, he was permitted to enrich himself at the expense of others. That the husband must be considered as consenting to his wife's living apart from him, because the law afforded him means to constrain her to live with him, and, therefore, his wife did not lose her quality of agent for him as respected matters relating to the *ménage*. (1) It was urged on behalf of Defendant that, in the first place, the wife could not contract validly without the authorization of her husband, and she could only bind her husband or charge the *communauté* for *aliments*, when in the apparent discharge of her conjugal duties. When living separately from him without judicial sanction, she must be presumed to be so living without sufficient cause of separation. Persons who granted credit to her, were warned by the fact of separation alone, that the husband did not accord his sanction to her contracts. Pothier implied this opinion when he

(1) Plaintiff's authorities; Pothier, *Traité de la Puissance du Mari*, No. 82; Pothier *Traité de la Communauté*, Art. 1, No. 2; Idem, Art. 2, partie 1, No. 514.

spoke of the case of a wife committed to prison by a creditor. "Lorsque le créancier a fait constituer prisonnière la femme pour la réparation civile en laquelle il l'a fait condamner, est-il fondé à répéter du mari, durant le mariage, les sommes qu'il paie pour les aliments de la femme, pendant le temps qu'il la retient en prison ? Les moyens du créancier sont, que la communauté doit à la femme des aliments : le créancier a donc acquitté une dette de la communauté en les lui fournissant ; et par conséquent il pourrait paraître fondé à s'en faire rembourser par le mari, chef de la communauté qui était débitrice des dits aliments, et à la charge de laquelle il les a fournis. Les moyens du mari, pour se défendre de cette demande, sont que la communauté n'a pas profité des aliments que le créancier a fournis à la femme qu'il retient prisonnière ; *que ceux qui auraient été fournis à la femme en la maison de son mari qui est le lieu où ils lui sont dus, n'auraient rien coûté a la communauté, qui en aurait été dedommagée par les services que la femme aurait rendus à la maison.*" The domicile of the *communauté* is the husband's residence, his home, and it is upon this principle that the *meubles* in and about his domicile are presumed to belong to him as *chef de la maison.* No such presumption could exist when goods were in the possession of the wife elsewhere. By a parity of reasoning, the wife who, by her own caprice, sets up for herself a residence at a distance from her husband, manned with a corps of domestics, could not for the purchase of supplies at this establishment be considered her husband's *mandataire.* This was not *le ménage,* for which the husband was to provide. Toullier, in extolling this exceptional provision of law, whereby the wife is made the *mandataire* of the husband, "relativement aux achats de comestibles et des autres provisions ordinaires de la maison, aux médicaments et vêtements de sa famille, aux emplettes des ustensiles et meubles nécessaires au ménage," says : "Cette exception est fondée sur l'ordre que la nature même semble avoir établi pour le gouvernement de la famille, et dans le partage naturel de l'administration des affaires domestiques : *le mari est chargé des affaires du dehors, la femme de celles du dedans, des détails et de l'économie du ménage, de pourvoir à tout ce qu'exigent les besoins de chaque jour.*" The *menage* here intended was evidently the husband's and wife's home, where they dwelt together, where were their *lares et penates,* and where each was acting in his and her sphere contemplated by the marriage contract and conjugal relation. The question involved in the cause is discussed at length in a case reported in the Nouveau Denisart, under the title "Autorisation," where the *duc de Lorges* was sued for 30,000 livres, for debts paid to divers parties who

had furnished supplies for the *duchesse de Lorges*, while living in voluntary separation from her husband, and keeping up a separate establishment. It was admitted that the *duchesse de Lorges* was furnished by her husband with an annal stipend, but it was alleged that these supplies were in excess of what the allowance was sufficient to meet. It was decided in appeal that the husband was not liable under such circumstances for debts so contracted without his authorization. It was contended by Plaintiff that no allowance was made by Defendant to his wife for her support. The obligation on his part to make an allowance for his wife's permanent residence separate from him, while leaving his bed and house against his desire, is emphatically denied. If this were conceded, an evil disposed wife might ruin the best and most faithful of husbands by contracting debts for supporting customs and habits of life entirely disapproved of by him, and an establishment over which he had no control. He is said to be *chef de la communauté* and to have absolute administration of it. How could he exercise his dominion under such circumstances ? It would be impossible. (1)

SHORT, Justice : The Defendant was married in 1839 ; prior to his marriage, his wife lived at her place called Beaumont near Lennoxville. She went to Hatley and lived with her husband a short time after the marriage, and then returned to Beaumont, where she lived as before her marriage for some 12 or 15 years, when her dwelling house was accidentally consumed by fire. After this, she removed to Lennoxville, where she has since lived and still lives in a house built by herself. During all this time, for 20 years, and more, she has kept a separate establishment in every respect from her husband. The Plaintiff, in common with other traders, dealt with her, from time to time making settlement with her, accepting checks from her which were paid, and credit was always given to her. Defendant's name was never in his books until shortly before this suit. She separated from her husband without any cause shewn or even alleged. Can the wife contract on her own behalf ? The law of France merges the wife in her husband so that she can do nothing without his authority or sanction. If the contract is made without his authority, either expressed or implied, it will be void as well as respects her as him. There are instances in which she may be considered as the agent of her husband, and, in such cases, her contracts are his. In the management of the domestic affairs

(1) Authorities cited by Defendant : Coutume de Paris, Art. 234 ; Pothier Traité de la Communauté, 1 partie, chap. 2, No 257 ; Œuvres de Cochin, v. 3, p. 58 ; Nouveau Denisart, vbo. Autorisation, vol. 1, pp. 790-91 : Guyot, Rép vbo Communauté, volume 4, page 203 ; 12 Toullier, pages 387-8, No. 261.

of the household, when living with her husband, the wife is the natural head, and unless she evidently transcends her husband's means or purchases articles altogether inconsistent with the position and circumstances of her husband, the husband must be responsible for her purchases. She, in such case, acts, and by law is presumed to act, as her husband's agent. Even this agency is not unlimited, the trader must use ordinary prudence in his credits; if the wife purchases goods unsuited to her husband's station, or with a degree of extravagance not consistent with his income, or contracts for things other than necessaries of the household, where the trader has been cautioned not to grant credit, such presumptive agency for her husband is negatived. This is the case where married persons reside together. The marriage contract is not unilateral. It creates mutual obligations and privileges. The husband is bound to provide for his household, but, on the other hand, the wife is bound to live with the husband unless he fails in his obligation to provide for her, or is a tyrant. She is neither to starve nor be a slave with him, but where there is no legal fault on his part, and there is simply a want of record between them, she has no right to separate herself from him. If, under those circumstances, she does so, she forfeits her claim upon him for support, and ceases to have the character of his agent, as to providing for household wants. Public morality and public policy require this. Any other view would be most dangerous to society and unjust to individuals. The english law in this particular is not unlike ours. The liability of the husband for his wife's contracts is discussed at length in Addison, on *Contracts*, page 115, et seq., in the same sense as it is here enunciated. When the separation of the husband and wife is by mutual consent, the husband is bound still for her support, and, if he makes no alimentary allowance for her, his credit may be pledged for her support in a limited way. In this case, Defendant's wife left him without any cause which the law recognizes and it has been clearly proved that Defendant made ample provision for his household *at home*, that he never desired her to leave, but declared to her that his doors were always open to her to return. She set up a separate establishment and has dealt in her own name, Plaintiff never gave credit to Defendant, but to her. She cannot be considered in this respect the Defendant's agent. The Plaintiff's action must be dismissed. (14 *D. T. B. C.*, p. 181.)

RITCHIE and BORLASE, for Plaintiff.

SANBORN and BROOKS, for Defendant.

ACTION POSSESSOIRE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 19 Décembre, 1864.

Présents : AYLWIN, MEREDITH, BERTHELOT, BADGLEY et GAUTHIER, Juges.

VALLÉE, Appelant, *et* PACAUD, Intimé.

Jugé : Qu'il est loisible à un individu en possession d'un lot de terre dans un canton depuis plus d'un et jour, de porter l'action en complainte et réintégrande contre une personne qui est entrée sur telle propriété seulement pour y couper du bois de chauffage : et que, dans pareil cas, il n'est pas nécessaire que l'action portée soit l'action simplement en dommage. (1)

L'intimé, depuis près de dix ans, était en possession publique et paisible d'un certain immeuble situé dans le township de Somerset, comprenant le lot numéro vingt-huit et la moitié sud-ouest du lot numéro vingt-sept, dans le neuvième rang du township, lorsque l'Appelant, dans le cours de l'hiver 1860, coupa et enleva de sur cette propriété une quantité de bois, causant, par son trouble et ses voies de faits, ainsi qu'il était allégué, des dommages estimés à £75 ; se fondant sur cette possession d'au delà de l'an et jour, il intenta l'action en complainte devant la Cour Supérieure pour le district d'Arthabaska. A cette action, l'Appelant répondit par une défense au fond en fait ; sur l'issue ainsi jointe le tribunal de première instance rendit le jugement suivant : " The Court, considering that Plaintiff has proved, by legal and sufficient evidence, the material allegations of his declaration, and, more particularly, his possession of the lot of land described in his declaration, as therein alleged, doth maintain the action, and it is hereby declared and adjudged that Plaintiff has been by Defendant troubled in his lawful possession of the said lot of land, and Defendant is hereby forbidden to trouble hereafter Plaintiff in his possession and enjoyment of the said lot of land ; and, further, that Defendant do desist from his said trouble and occupation of the said lot of land ; and it is further ordered that, within three days from the service upon him of the present judgment, Defendant do deliver up and abandon to Plaintiff the possession and enjoyment of the said lot of land, and Plaintiff be put in possession thereof ; and, further, considering that Plaintiff has failed to establish that he has suffered any damage in consequence of his having been troubled in the possession of the said lot of land, the court doth dismiss that part of the conclusions of Plaintiff's declaration by which

(1) V. art. 946 C. P. C.

he prays for damages." It was from this judgment that an appeal was instituted.

Parkin, for Appellant: The evidence adduced by Plaintiff, Respondent, is insufficient to maintain the action *en complainte*. It would appear from the evidence of the defence, that the possession, at the time of the alleged *trouble*, was in Joseph Mackenzie, who produces titles, and who ran the lines and placed *bornes*, an act of possession much more unequivocal than any thing proved on the record with reference to the pretensions of Plaintiff. The Appellant, in good faith, with the permission of Mackenzie, through his agent, cut wood upon the lot in question. The insignificant nature of the supposed trespass is proved conclusively by the fact that the court below refused to allow any damages, and dismissed that part of Plaintiff's conclusions. It is clear that, whether the pretentions of Respondent or of McKenzie, be or be not well founded, is a matter of indifference in this case. It was necessary for Plaintiff to make out a clear *possession annale*, which he has failed to do. Again, the acts of Defendant do not amount to a *trouble*. A *trouble* is something which attacks the possession of the presumed proprietor, and tends to disturb it to the extent of acquiring an adverse possession against him, or at least an inception of such possession, or an attempt to obtain it. In this case, it is manifest that Appellant, Vallée, merely entered on the land under his contract with M. McKenzie, to cut the wood which he had purchased, and not with any view to establish a possession, however momentary, in his own favor. He was a mere trespasser, and no conclusions could lie *en complainte* or *réintégrande* to compel him to desist from what he never did, or attempted to do, namely, to obtain a possession. The instances of *trouble* given in the books, all relate to acts done with the intention of asserting a right to possession: and, though the cutting of trees is given as an instance, it is mentioned with the view of showing an act of possession, and not as mere naked trespass, for which damages only can be claimed. In this case, the very *contrary* to an attempt at taking possession appears, Defendant having merely cut firewood, with the permission of the supposed proprietor, and having, according to the judgment of the court, which has been acquiesced in by Respondent, done no damage. The Appellant relies upon the fact that Respondent has not proved a *possession annale*, previous to the acts complained of; that the possession was rather in McKenzie, or at least a disputed possession, and that the acts committed by Appellant were not a *trouble*, but are proved to *have* been of a different character. In the absence of the contrary proof of the character of his acts amounting to an attempt to take possession of the

land, those of Appellant might be presumed a trouble; but having shewn the contrary, he is entitled to the benefit of rebutting such presumption.

DUVAL, pour l'Intimé: La preuve de la possession de l'Intimé est complète. L'Appellant a voulu, par sa preuve, détruire l'effet de celle faite par l'Intimé en essayant d'établir que le lot n'était pas occupé, que c'était ce qu'on appelle un *wild lot*, la Cour Inférieure en donnant gain de cause à l'Intimé, a apprécié cette preuve comme lui étant suffisante. L'Intimé désire appeler l'attention de la Cour sur le fait important que l'Appelant n'a point plaidé une possession contraire, ni essayé de justifier, en aucune manière, par ses plaidoyers, le trouble qu'il a ainsi causé à l'Intimé. Il est bien vrai que l'Appelant a produit quelques titres à l'enquête pour prouver que McKenzie avait quelques droits à la propriété en question, mais l'Intimé s'est opposé à la production de ces titres et a fait motion pour les faire rejeter, et bien que la Cour Inférieure n'ait point voulu accorder cette motion, l'Intimé soumet que ces titres ne peuvent, en aucune manière, préjudicier aux droits acquis de l'Intimé en vertu de sa possession. Si McKenzie a de fait quelques droits à la propriété, qu'il les fasse valoir par une action pétitoire, ce que probablement ni McKenzie ni ses représentants ne voudront jamais essayer de faire.

BERTHELOT, Juge: Il est allégué en la déclaration que l'Intimé était en possession paisible depuis plus de 9 ans, jusqu'au 10 janvier, 1860; que le Défendeur l'avait troublé à différentes reprises en entrant avec force et armes sur sa propriété, et en y coupant et enlevant différentes quantités de bois; puis suit la conclusion ordinaire qu'il soit fait défense au Défendeur de le troubler à l'avenir et condamné à lui payer £75 de dommages. Le Défendeur s'est contenté de plaider par une défense au fond en fait qu'il n'était pas *coupable et endetté en la manière et forme mentionnées en la declaration.* C'est un singulier plaidoyer à une action en complainte. Il aurait mieux convenu si l'action eût été pour dommages. A l'enquête, le Demandeur a produit l'acte de vente du 22 décembre, 1851, Cormier, notaire, qui lui a été consenti par J. Bte. Cyr, fils, de la moitié sud-ouest du lot No 28. Ce dernier en était propriétaire pour l'avoir acquis de R. A. Young, suivant acte de vente du 10 août, 1847, Pratte, notaire. R. A. Young était propriétaire de cette même moitié sud ouest du lot No. 28, ainsi que de l'autre moitié, et du lot No. 27, pour avoir acquis le tout par acte du 10 mai, 1847, Hossack, notaire, de Jacques Languedoc, comme seul héritier de feu son père, Jacques Languedoc, qui paraît en avoir été le premier concessionnaire suivant lettres patentes datées du 21 avril, 1804.

Nous avons ainsi la preuve écrite que le Demandeur avait un titre à la moitié sud-ouest du lot No. 28, et il serait difficile de lui nier le droit de porter son action au possessoire, quant à cette partie des immeubles dans la possession desquels il demande d'être maintenu. La difficulté git en ce que ne représentant pas de titre pour l'autre moitié du No. 28, et la moitié sud-ouest du No. 27, il se repose sur sa preuve testimoniale de possession pour obtenir les conclusions de son action, et prétend que l'on ne peut le traiter moins favorablement que s'il ne produisait de titre pour aucune partie des immeubles dont il réclame la possession. Il maintient qu'en droit cette preuve est suffisante pour lui donner le droit de poursuivre au possessoire sans le secours de titres, et qu'en fait, dans la présente instance, il a suffisamment prouvé qu'il était depuis près de 9 ans en pleine possession des immeubles désignés dans sa déclaration pour devoir réussir. Le Défendeur prétend que les actes de déprédation qui lui sont imputés, ne peuvent pas justifier les conclusions de l'action, parce qu'ils ne peuvent être considérés comme des actes faits avec l'intention d'acquérir une possession contraire à celle des Demandeurs. Sur la question de droit, l'on peut citer Pothier, Traité de la Possession, p. 524, No. 2 : " La possession est un " fait, plutôt qu'un droit dans la chose qu'on possède. Un " usurpateur a véritablement la possession de la chose dont il " s'est emparé injustement ; il est néanmoins évident qu'il n'a " aucun droit dans cette chose. n° 3 : " Quoique la possession ne " soit pas un droit dans la chose, elle donne néanmoins au pos- " sesseur plusieurs droits par rapport à la chose qu'il possède. " 1o Elle l'en fait réputer propriétaire, tant que le véritable " propriétaire ne se fait pas connaître et ne le réclame pas. " 2o La possession donne au possesseur des actions pour s'y " faire maintenir, lorsqu'il y est troublé, ou pour se le faire " restituer lorsqu'il en a été dépouillé. Ces deux effets de la " possession sont communs à la possession qui procède d'un " juste titre, et à celle qui est destituée de titre, à celle qui est " de mauvaise foi, comme à celle qui est de bonne foi." No. 83 : " Le possesseur, quel qu'il soit, doit aussi avoir une action " pour être maintenu dans sa possession, lorsqu'il y est troublé " par quelqu'un, et pour y être rétabli, lorsque quelqu'un l'en " a dépossédé par violence." No. 95 : " Il n'importe aussi qu'il " possède l'héritage justement ou injustement : car dans l'ac- " tion de complainte, il n'est pas question du droit de la pos- " session ; il n'est question que du seul fait de la possession, " p. 554." *Contre qui peut-on intenter la complainte, et pour quel trouble.* No. 102 : " Il y a deux espèces de troubles pour " lesquels on peut intenter la complainte ; le trouble *de fait* et " le trouble *de droit*. On appelle trouble de fait, les différents

" faits par lesquels quelqu'un entreprend quelque chose sur un " héritage dont je suis en possession, soit en le labourant, soit " en coupant les fruits qui y sont pendants soit en y *abattant* " *quelqu'arbre,* ou en arrachant quelque haie, ou en comblant " un fossé, ou en y en ouvrant un. Voie de fait se dit de tout " acte par lequel on exerce, de son autorité privée, des préten- " tions ou des droits contraires aux droits ou aux prétentions " d'autrui. Toutes les voies de fait qui rentrent dans l'une " des quatre clauses qui suivent sont repréhensibles et répa- " rables par provision. 1o Dans les matières susceptibles de " jugement possessoire, celui qui possède publiquement depuis " les an et jour derniers, étant aux yeux de la loi réputé pro- " priétaire, jusqu'à ce qu'il soit publiquement déclaré usurpa- " teur quiconque le *trouble* ou le dépossède par voie de fait, " sans nécessité, contrevient à une des règles fondamentales " de l'ordre public, et il doit être condamné à restituer le pos- " sesseur, aux dommages et aux dépens. (1) On distingue le " trouble naturel, ou de fait, du trouble civil, ou de droit. " Trouble s'entend, dit Loisel, non-seulement par voie de fait, " mais aussi par dénégation judiciaire. Rodier, sur l'ordonnance " de 1667, semble n'admettre qu'une espèce de trouble, celui de " fait; le véritable cas de la simple complainte, dit-il, c'est " quand il y a quelque trouble de fait qui ne va pas pourtant " à nous déposséder. Et Garnier finit par dire, p. 66 : " Il faut " remarquer que le trouble de fait proprement dit, ne consiste " pas dans la dépossession, mais dans une entrave, une simple " gêne apportée à la jouissance. Dans notre droit ancien on a " toujours pu, en cas de dépossession, choisir entre la com- " plainte et la réintégrande, mais non dans le cas de simple " trouble, qui n'a jamais donné lieu qu'à la complainte; telle " est aussi la règle de notre droit nouveau." (2) Les autorités ci-dessus me paraissent établir clairement trois choses. 1° Qu'il importe peu que le possesseur soit de bonne foi ou de mauvaise foi, propriétaire ou usurpateur, il lui suffit d'être publiquement en possession depuis plus d'un an et un jour, pour pouvoir poursuivre en complainte. 2o. Qu'il n'est pas nécessaire que celui qui lui fait un trouble de fait ait eu intention de le déposséder, mais que la voie de fait, le trouble naturel, suffit. 3o. Que le Défendeur n'ayant pas répondu par son plaidoyer qu'il était allé sur les terres en question comme autorisé du Sieur MacKenzie, qu'il en prétend propriétaire pour partie, par le titre qu'il n'a produit qu'à son enquête, ne peut réussir en suscitant indirectement et aussi tard une question de pro-

(1) 17 Guyot, *Repertoire* vbo. *Voie de Fait*, p. 599.

(2) Garnier, " Des actions possessoires," 1ère partie, ch. 3, art. 4, pp. 64, 65, 66. Des diverses espèces de troubles.

priété qui ne pouvait être soulevée que par MacKenzie. Si ce dernier a des droits à la propriété dont Pacaud est en possession, ce sera le sujet d'un débat entre ces deux derniers par action au pétitoire, et ce ne peut aucunement préjuger la question, et ne peut être examiné dans la présente contestation. Il suffit pour le Demandeur intimé de prouver qu'il était en possession, et il me paraît l'avoir prouvé suffisamment pour le cas de terres incultes situées dans nos grandes forêts. Les actes de possession d'aussi grande étendue de terre ne peuvent être réglés par les mêmes principes que ceux qui règlent la possession de terres ou terrains fixes, certains, déterminés, ou d'emplacements mesurés et cadastrés tels qu'ils le sont en France, et c'est en vain que l'on citerait au soutien de la cause du Défendeur, pour repousser la possession du Demandeur, l'autorité tirée du Traité de la Prescription de Troplong, No, 255. " Un usurpateur ne serait pas censé avoir " possédé la chose qu'il prétend avoir acquise par prescription " s'il ne l'avait occupé pied à pied, et d'une manière patente." Il n'y aurait jamais moyen d'établir la possession d'un lot de 200 ou 300 acres, s'il fallait astreindre le propriétaire ou le possesseur à une doctrine qui n'a d'application que pour des lots de moindres dimensions. Deux témoins entendus au soutien de la demande, Cormier, notaire, et Poudrier, ont prouvé que Pacaud était réputé dans l'endroit en possession de ces propriétés, qu'il en payait les taxes municipales et les répartitions pour bâtisses d'Eglise. Cormier, agent de Pacaud, y a eu des animaux en paccage et y a fait des récoltes, et il prouve que Pacaud les avait publiquement et par affiches offertes en vente dès l'année 1855. Ce sont autant d'actes qui démontrent que la possession du Demandeur était publique, et qu'elle s'étendait à toute et chaque partie des deux lots, et l'on ne peut exiger une preuve plus formelle en semblable cas. Il jouissait d'une partie par paccage et partie par culture, et s'annonçait publiquement comme propriétaire en possession du tout et l'offrait en vente, il y a un exhibit dans la cause qui est un avis de vente de ces terres et d'autres, lequel exhibit est prouvé par le témoin Cormier, l'agent de Pacaud, et il en payait les taxes municipales et répartitions. Il a été décidé par la Cour d'Appel dans la cause de Bowman et Stuart, qu'en fait de terres incultes dans les townships, l'on ne pouvait s'attendre ni exiger une prise de possession aussi formelle et complète que pour des terres labourées, mesurées ou clôturées. (1) Enfin pour répondre à la prétention de l'Appelant lors de l'argument que les allégations de possession n'étaient pas suffisantes pour justifier les conclusions ; il me suffi-

(1) 3 R. J. R. Q., pp. 228-68.

ra de dire que dans la cause de *Stuart* vs. *Langley*, rapportée au 1er Vol. des décisions du Bas-Canada, p. 338, il a été : " Jugé, que le simple allégué de possession par le Demandeur " d'un héritage, est suffisant pour soutenir une action de réin-" tégrande, sans alléguer la possession annale : " Jugement le 29 avril, 1851, DAY, VANFELSON et MONDELET, Juges. " The " Court held the declaration as it stood to be sufficient. The " term " possession " had a technical meaning : it meant that " kind of interest which would entitle a party to bring an " action." (1) Sur le tout je ne vois aucune difficulté à confirmer le jugement, et je pense que la Cour de première instance aurait pu accorder quelques dommages, mais elle en a été empêchée probablement par les frais considérables que le Défendeur avait à payer, et a considéré que l'objet du Demandeur était obtenu en faisant cesser les déprédations sur les lots dont il était en possession. La majorité de la Cour est d'avis de confirmer, mais sans frais devant cette Cour, vu que l'intimé Demandeur en Cour Supérieure aurait pu se pourvoir devant les Juges de Paix pour faire cesser les actes de déprédation dont il se plaint. Quant à moi, je pense que puisque la loi lui accordait l'un et l'autre recours, que ce n'est pas le cas de lui faire payer une partie des frais de l'appel interjeté contre lui, d'un jugement qui lui reconnaissait un droit, que la majorité de cette Cour lui reconnaît également.

JUGEMENT : " The Court, considering that, in the rendering of the judgment of the Court below, there is no error : Doth confirm the said judgment. (14 *D. T. B. C.*, p. 187.)

PARKIN et PENTLAND pour l'Appelant.

DUVAL et TASCHEREAU, pour l'Intimé.

EXECUTEUR TESTAMENTAIRE.

SUPERIOR COURT, Quebec, 31st December, 1863.

Before : TASCHEREAU, Justice.

CASPAR, Plaintiff, *vs.* HUNTER, Defendant.

Jugé : 1° Qu'une action pour une dette mobilière ne peut être portée contre un exécuteur testamentaire seul, mais que les héritiers ou autres représentants du testateur, doivent être mis en cause, quoique l'exécuteur soit, par le testament, chargé de payer les dettes ; et quoique l'action soit commencée dans l'an du décès du testateur. (2)

2° Que la défense de l'exécuteur, " qu'il n'a aucune partie de la succession du testateur entre ses mains, " sera maintenue, quoique l'action soit portée dans les trois mois ensuivant le décès du testateur.

(1) Pothier, Possession, Nos 2 et 3 ci-dessus cités.

(2) V. art. 918 et 919 C. C.

The Plaintiff's action was instituted for the recovery of the sum of £170 2s. 4d., amount of a judgment rendered in Upper Canada, in his favor, against Henry Smeaton, and was directed against Defendant in his quality of executor of the last will and testament of Smeaton. To this action, Defendant pleaded by perpetual exception: That Smeaton had, by his will made on the 22 February, 1862, constituted his wife, Mary Templeton, his universal legatee, and hath bequeathed to his children certain sums of money; that, afterwards, on the 8th July, 1862, Smeaton had died, and that, having been nominated executor under the will, Defendant, had accepted the office and had, on the 26th July, caused an inventory of the estate to be made, and, by notices in the public newspapers, had called in the creditors of Smeaton to file their claims against his estate. That, on the 1st of September, 1862, Defendant, ha[illegible] all the claims that were filed against the estate, and [illegible]cies mentioned in the will, and had administered all the goods and chattels of Smeaton, which had come into his hands to be administered. That Defendant had not, at the time of the [illegible]ing out of the writ, nor at any time since had he had any goods or chattels which were the goods and chattels of Smeaton in his hands to be administered, and concluded for the dismissal of the action. The Plaintiff demurred to this plea, on the ground that it was no answer to his action that Defendant had administered all the goods and chattels of the testator that had come into his hands to be administered; and that, even if it were true that Defendant had administered all the goods and chattels, he would not for that reason be entitled to demand the dismissal of Plaintiff's action, or prevent a judgment from being rendered against him in his quality of testamentary executor. Upon this demurrer an *avant faire droit* was ordered. It was established by the evidence that Defendant had, as set forth in his plea, completely divested himself of the moveable estate belonging to the succession.

ANDREWS, for Plaintiff, argued that the real question before the Court was " whether, within the year after the death of the testator, an action for the recovery of a *dette mobilière* due by him could be brought by the creditor against the testamentary executor charged by the will of the testator with the payment of his debts." In this case, the action was instituted within the year; the will directed that the debts should be paid immediately, and the legacies three months after the death of the testator; the action was commenced within three months of his demise, yet, previously thereto, the executor had taken upon himself to pay legacies to the amount of $8701.95 and, when payment of Plaintiff's debt was demanded, he

pleaded that he had nothing left in his hands, and, on that account, asked the dismissal of the action. That this was not the time for considering whether the executor had any part of the estate in his hands, or whether the payment of the legacies had been fraudulently made, which questions might thereafter arise on the issuing of a *saisie-arrêt* in the hands of the testamentary executor. That the executor was by law seized of the testator's moveable estate for a year and a day for the accomplishment of the will. That, in the present case, the will of the testator had not been accomplished by Defendant, since some of the debts remained unpaid. That the jurisprudence of the Courts at Quebec, founded on that followed in France, had been uniform in maintaining suits if brought within the year of the demise of the testator against executors for *dettes mobilières*, where they had been by the will charged with the payment of them, and that the decisions of the late Court of King's Bench, and of the Judges of the Superior Court, had always been in favor of such actions, even where it was expressly pleaded by demurrer that no action lay against the executor alone, the Courts holding that it was the duty of the executor to call in the heir, or other representatives of the deceased, if he deemed it advisable, whereas, in this case, no such pretension had been set up by plea, but, on the contrary, Defendant instead of pleading that the action did not lie against him alone, or of taking proceedings to bring in the heirs, had taken upon himself to enter into a contestation with Plaintiff as to the existence of the debt itself. That, for this reason, Defendant should not only be condemned, in his quality of executor, to pay Plaintiff the amount due him, but should be personally condemned in costs.

CAMPBELL, for Defendant, answered that the testamentary executor could not be sued alone, but that the heirs or other representatives of the testator should be joined with him as Defendants, inasmuch as he, the executor, could have no personal knowledge of, or interest in Plaintiff's claim, that, by his *défense au fond en fait*, he had denied every allegation of Plaintiff's demand, and, unless Plaintiff could show that, by law, he, in his quality of executor, was alone liable to be sued for debts due by the estate, he must fail in his action. He would refer the court to authorities which conclusively established the fact that Defendant, as testamentary executor, could not be sued alone. (1) He further maintained, that, even supposing that by law an action could lie against the testa-

(1) Nouveau Denisart, vbo. *Exécuteur* § 16, in fine ; 2 Pigeau, *Proc. Civ.* p. 508. "Les créanciers n'ont pas d'action directe contre lui, mais seulement contre les représentants universels du défunt."

mentary executor alone, still that the present action must be dismissed, as Defendant was not personally liable, but only as the executor of the estate, and as it was established by the evidence that Defendant had not any of the property of the estate in his possession at the time of the institution of the action.

JUDGMENT: La Cour, considérant que les créanciers d'un défunt n'ont pas d'action purement et simplement contre l'exécuteur testamentaire du défunt pour le recouvrement de leurs dettes, et que, pour le moins, l'action qui serait dirigée contre l'exécuteur testamentaire, devrait l'être simultanément contre l'héritier: Considérant que, dans la présente cause, l'action n'est dirigée que contre l'exécuteur testamentaire de Smeaton, et qu'il n'a pas qualité légale pour défendre à la dite action, au moins sans la présence et coopération des héritiers de Smeaton: Considérant que, de plus, le Défendeur avait, lors de l'institution de l'action en cette cause, exécuté le testament de Smeaton, avait payé tous les legs qu'il était chargé de payer, et s'était dessaisi de tous les biens meubles de la succession du testateur: la cour maintient la défense au fonds en fait, et l'exception péremptoire en droit perpétuelle du Défendeur, à l'action du Demandeur, renvoie la réponse en droit du Demandeur à l'exception du Défendeur, et renvoie l'action, avec dépens. (14 *D. T. B. C.*, p. 198.)

ANDREWS and ANDREWS, for Plaintiff.

CAMPBELL and GIBSONE, for Defendant,

ACTE DES LOCATEURS ET LOCATAIRES.—COMPETENCE.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 11 février 1864.

Présent: TASCHEREAU, Juge.

GUY, Demanderesse, *vs.* GOUDREAULT, Défenderesse,

Jugé: Qu'une action pourla simple rescision d'un bail, sans aucune demande pour arrérages de loyers, ou pour dommages, peut être portée en vertu de l'acte des locateurs et locataires; et que la juridiction de la cour sera déterminee par le montant du loyer annuel des lieux. (1)

L'action de la Demanderesse était pour faire rescinder et annuler un bail par elle fait et passé en faveur de la Défenderesse, parce que la Défenderesse employait les lieux loués à des fins illégales, et tenait maison déréglée et de débauche, et qu'elle causait constamment des scandales publics, et ce contrairement aux vœux de la Demanderesse, et contre son gré et

(1) V. art. 28 et 887, 888, 1105 et 1106 C. P. C.

volonté et malgré ses défenses réitérées. La Défenderesse rencontra cette action par une exception déclinatoire, alléguant que l'action avait été intentée sous les dispositions du Stat. Ref. du B.-C., ch. 40, intitulé : " Acte concernant les Locateurs et Locataires," et sous l'amendement du dit acte, et que la Cour Supérieure n'avait pas juridiction dans la cause.

PLAMONDON, pour la Défenderesse : L'action est portée sous les dispositions du ch. 40, des Stat. Ref. du B.-C., et l'amendement de cet acte, 25 Vict., cap. 12. D'après la 4e section du statut premièrement cité, la juridiction de la cour est déterminée par la valeur annuelle de la propriété louée, mais, par la 25 Vict., chap. 12, la juridiction est déterminée par le montant du loyer ou des dommages demandés par l'action, et non pas, comme auparavant, par la valeur annuelle du loyer. Or, dans cette cause, la Demanderesse ne demande ni loyers, ni dommages, mais se borne simplement à demander la rescision et l'annulation du bail par elle consenti en faveur de la Défenderesse ; sa demande ne contient aucune réclamation pour loyers ou pour dommages, et, sans une telle réclamation, la cour n'a pas de juridiction, et l'action de la Demanderesse aurait dû être portée d'après le droit commun.

MALOUIN, pour la Demanderesse : Le but de la loi des locateurs et locataires est de faciliter le recouvrement de la possession de l'immeuble loué, et cet objet ne serait pas atteint si la prétention de la Défenderesse était maintenue. La sous-sec. 3 de la 1ère sec. du chap. 40, des Stat. Ref. du B.-C., déclare que le bail sera rescindé quand le locataire emploie les lieux loués à des fins illégales, et la sous-section 6 de la même section permet de joindre à l'action en résiliation une demande pour arrérages de loyer ; mais je ne vois pas qu'il soit nécessaire, pour réussir dans l'action en résiliation d'y joindre une demande pour loyers, d'ailleurs, il n'est pas vraisemblable que l'amendement fait au chap. 40 des Stats. Ref. du B.-C., ait pour but de faire dépendre l'action en résiliation de la demande d'arrérages de loyer, surtout lorsque le locateur se plaint que les lieux loués sont employés pour des fins illégales. D'après le droit commun, nul doute que la Demanderesse avait le droit de porter son action devant la Cour Supérieure, puisque le loyer annuel de l'immeuble en question est de £183, et la Demanderesse ayant intenté son action devant la Cour Supérieure dont les Juges ont, en vertu des Statuts cités, les mêmes pouvoirs en vacance qu'en terme, le tribunal auquel son action est soumise a donc juridiction.

TASCHEREAU, Juge : Si l'acte 25 Vict., ch. 12, n'eût pas été passé, nul doute que cette action eût dû être portée devant la Cour Supérieure, conformément au Stat. Ref. du B.-C., cap. 40, sec. 4, qui dit que le montant annuel du loyer déterminera

la juridiction de la cour; mais cette clause a été amendée par l'acte ci-dessus premièrement cité, de manière à être lue: "Les actions en vertu du présent acte seront intentées dans "la Cour Supérieure ou de Circuit pour le montant du loyer "ou des dommages réclamés, et les frais seront alloués et "taxés suivant le montant du jugement." Cet acte, 25 Vict., cap. 12, détruit-il complètement la sec. 4 du ch. 40 des Stat. Ref. du B.-C., ou ne fait-il que l'amender pour cette classe d'action où l'on demande la résiliation, en même temps que l'on fait valoir une réclamation pour arrérages de loyers ou seulement une réclamation pour loyers ou dommages sans qu'il affecte les causes où l'on ne demanderait que la résiliation du bail, sans arrérages de loyers et sans dommages. De quelque manière que l'on décide ces questions, je crois que le même résultat quant à la présente cause devra avoir lieu. En effet, si l'acte d'amendement n'a d'effet que pour les causes ci-dessus prévues, nul doute que, conformément à la clause 4, du cap. 40, Stat. Ref. du Bas-Canada, l'action doit être portée devant la Cour Supérieure, vu que le loyer annuel est de plus £50. Si l'on décide que la clause 4, du cap. 40, Stat. Ref. du B.-C., est tellement amendée par la 25me Vict., cap. 12, qu'elle doive être considérée comme anéantie, on doit dire encore qu'en vertu de l'esprit de la loi, et du droit commun, l'action doit être portée devant la Cour Supérieure, vu le montant du bail dont on demande la résiliation. En effet, on peut considérer le présent cas comme un *casus omissus* dans l'acte d'amendement, qui ne mentionne que les actions dans lesquelles on réclame du loyer ou des dommages, et alors la juridiction générale conférée aux Juges de la Cour Supérieure, tant en terme qu'en vacance, par les clauses 5, 6, 7 du cap. 40, Stat. Ref. du B.-C., et par l'ensemble de ce chapitre, donne à ce Tribunal de la Cour Supérieure juridiction dans une cause où la matière en litige excède £50. JUGEMENT: "La Cour, considérant que la Cour Supérieure a juridiction en la présente cause, aux termes et suivant l'esprit du chapitre 40 des Stat. Ref. du B.-C., et, qu'en autant, l'exception déclinatoire de la Défenderesse est non fondée, renvoie la dite exception, &c. (14 *D. T. B. C.*, p. 202.)

LÉGARÉ et MALOUIN, pour la Demanderesse.

PLAMONDON et GUILBEAULT, pour la Défenderesse.

BAIL POUR DES FINS DE PROSTITUTION.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 18 février 1864.

Présent, TASCHEREAU, juge.

GUY, Demanderesse, *vs.* GOUDREAULT, Défenderesse.

Jugé : Qu'une exception perpétuelle alléguant que le Demandeur savait lors de l'exécution du bail d'une maison, que le Défendeur entendait y tenir une maison déréglée, n'est pas une réponse à une action en éviction, fondée sur ce que le Défendeur occupait la maison pour des fins illicites; et telle exception sera rejetée sur une défense au fond en droit. (1)

La Demanderesse poursuivait la Défenderesse pour faire rescinder et annuler un bail à loyer par elle fait en faveur de la Défenderesse, d'une maison et dépendances situées à Québec, parce que la Défenderesse avait employé les lieux loués à des fins illégales, et y avait tenu une maison déréglée et de débauche, et qu'elle causait constamment des scandales publics, et ce contrairement aux vœux de la Demanderesse, et contre son gré et volonté et malgré ses défences réitérées. A cette action, la Défenderesse plaida : " Qu'avant la passation du bail, la Demanderesse occupait les lieux, et y tenait et y avait tenu, depuis longes années, une maison déréglée; qu'en consentant le bail, il fut convenu et entendu expressément entre les parties, que la Défenderesse, en prenant possession des lieux, devait les occuper comme maîtresse d'une maison semblable à celle qu'y tenait et y avait tenu la Demanderesse." La Demanderesse répondit en droit que l'exception de la Défenderesse ne pouvait être maintenue : " Parce qu'il n'appert pas " par le bail, non plus que par la déclaration, que la maison " ait été louée pour les fins mentionnées dans la dite exception ; " parce que par le stat. ref. du Bas-Canada, ch. 40, sec. 1, § 3, " il est statué que le locateur aura droit d'action contre son " locataire pour rescinder le bail,quand le locataire emploie les " lieux à des fins illégales ; parce qu'en supposant que la Dé- " fenderesse aurait loué la maison de la Demanderesse pour " les fins mentionnées dans la dite exception, la Défenderesse " ne serait pas fondée en loi à offrir cette raison comme moyen " de défense à l'action ; parce que les moyens invoqués par la " Défenderesse sont contraires aux bonnes mœurs, et ne peuvent " être sanctionnés par la cour ; parce que, par la loi, la Défen- " deresse ne peut être reçue à prouver que la Demanderesse, " lorsqu'elle a fait le bail, avait connaissance du mauvais " usage que la Défenderesse se proposait de faire de la dite " maison."

(1) V. art. 989 et 990 C. C.

MALOUIN, pour la Demanderesse : Tout engagement doit avoir un cause honnête, et, lorsque la cause pour laquelle l'engagement a eu lieu blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qu'il renferme. Or, les allégations de l'exception péremptoire en droit de la Défenderesse vont à démontrer que le but pour lequel elle avait loué la maison de la Demanderesse etait d'y tenir une maison de débauche, et, partant, la défense ne peut être valable, car elle va à établir la nullité même du contrat. D'ailleurs, la Défenderesse ne pourrait être reçue à faire la preuve du contenu de son exception. (1)

JUGEMENT : " La Cour, considérant que l'allégation contenue en l'exception péremptoire de la Défenderesse, qu'il fut entendu entre la Demanderesse et la Défenderesse, lors de la passation du bail, que la Défenderesse devait occuper la maison à elle louée, comme maîtresse d'une maison semblable à celle qu'y tenait et avait tenu la Demanderesse, savoir, une maison de prostitution, est illégale et ne produirait aucun effet à l'encontre de la demande de la Demanderesse, et, qu'en autant, la dite allégation est inapplicable et ne peut être maintenue ; maintient la réponse en droit de la Demanderesse, et renvoie la dite exception. (14 *D. T. B. C.*, p. 225.)

LÉGARÉ et MALOUIN, pour la Demanderesse.

PLAMONDON et GUILBEAULT, pour la Défenderesse.

REQUETE CIVILE.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 21 janvier, 1864.

Présent : TASCHEREAU, J.

BILODEAU, Demandeur *vs.* MARTIN, Défendeur, *et* MARTIN, Opposant.

Jugé : Qu'une opposition de la nature d'une requête civile ne peut-être considérée comme telle, si elle n'est pas ainsi appelée, et si l'opposant n'observe pas les formalités qui sont particulières à la requête civile et que le mot requête civile est sacramentel dans telle procédure. (2)

Le 14 novembre, 1863, un jugement fut rendu par le Greffier de la Cour condamnant le Défendeur par défaut à payer au

(1) Pothier, *Louage*, nos 24 et 25. Il n'y a que le ministère public qui puisse être reçu a prouver que le propriétaire, lorsqu'il a fait le bail, avait connaissance du mauvais usage qu'on se proposait de faire de sa maison. Le locataire ne serait pas reçu à offrir cette preuve : Pothier, *Obligations*, nos 42 et 43 ; Domat, *Des conventions ; Code civil*, (Nap.) nos 1133, 1172, 1387 ; 3 Dalloz, *Dictionnaire*, p. 285, art. 11, sec. 2, nos 331 et 332.

(2) V. art. 505 C. P. C.

Demandeur le montant de l'action. Le Défendeur produisit une *opposition à jugement*, alléguant que le jugement rendu contre lui par le Greffier de la Cour avait été obtenu par le Demandeur, par fraude, dol et surprise ; que lui le Défendeur avait une bonne défense contre la demande du Demandeur ; et il demandait permission de la produire. Le Demandeur fit motion pour renvoyer cette opposition, attendu que l'Opposant ne s'était pas conformé à la loi (1) qui veut que le Defendeur, afin qu'il lui soit permis de produire une opposition à un jugement rendu contre lui par défaut et en vacance, dépose entre les mains du Greffier une certaine somme, suffisante pour payer les frais encourus par le Demandeur. Il était prétendu de la part du Défendeur, que l'opposition qu'il avait produite, était une opposition de la nature d'une requête-civile, et qu'il n'était pas obligé de déposer aucune somme d'argent, ni de suivre aucune formalité autres que celles qu'il avait suivies.

TASCHEREAU, Juge : La question qui s'élève est de savoir si l'opposition produite par le Défendeur est une opposition à jugement, sujette aux conditions imposées par le Stat. Ref. du B.-C., ch. 83, ou si elle peut être considérée comme une opposition de la nature d'une requête-civile ? J'avoue bien que cette opposition renferme les conclusions d'une requête-civile ; le procureur du Défendeur a prétendu qu'elle était une requête-civile, mais il ne l'a pas ainsi appelée, et il n'a pas observé les formalités particulières à la requête-civile, et il faut décider maintenant, comme je l'ai déjà décidé dans plusieurs autres causes, que le mot requête-civile est, pour ainsi dire, sacramentel, et que l'on devait procéder sur icelle comme sur une requête-civile, ce qui n'a pas eu lieu. Cette opposition est donc tout simplement une opposition à jugement, et le statut exige que celui qui se plaint d'un jugement rendu par le protonotaire ou le Greffier de la Cour, dépose entre les mains du protonotaire ou Greffier un certain montant suffisant pour payer les frais encourus par le Demandeur. Le Défendeur n'a pas fait le dépôt nécessaire, et la motion du Demandeur doit être accordée, et l'opposition renvoyée, avec dépens. (14 *D. T. B. C.*, p. 205.)

PLAMONDON et GUILBAULT, pour le Demandeur.

COLFER, pour l'Opposant.

(1) Stat. Ref. du B.-C., ch. 83, sec. 117.

BILLET PROMISSOIRE.—DEBITEUR INSOLVABLE.

CIRCUIT COURT, Quebec, 21 janvier 1864.

Before : STUART, Justice.

MAILLOUX, Demandeur, *vs.* AUDET dit LAPOINTE, Défendeur, et MAILLOUX, Opposant à fin de conserver, et CARRIER, Contestant l'opposition.

Jugé : Qu'un billet promissoire non encore dû, endossé par un individu, depuis devenu insolvable, ne met pas le porteur en droit d'être payé au marc la livre avec les autres créanciers de l'endosseur insolvable, le terme de paiement n'étant pas encore échu. (1)

Le 16 septembre, 1863, Mailloux, le Demandeur et Opposant, par son opposition afin de conserver, demandait d'être colloqué pour, entre autres, la somme de $120.87, montant d'un billet promissoire fait et signé à Québec, le 29 août, 1863, par un nommé Audette, par lequel le dit Audette promettait, trois mois après la date du billet, payer à l'ordre du Défendeur le susdit montant, lequel billet avait été subséquemment endossé et transporté au dit Opposant. Il alléguait, par son opposition, que le Défendeur était en faillite et déconfiture, et incapable de payer ses justes dettes. Carrier, autre Opposant dans la cause, contesta cette partie de l'opposition de Mailloux, qui avait rapport au billet en question, parce que, lorsque le billet avait été fait, signé et endossé, le Défendeur était, et avait été, depuis plus de six mois, insolvable, en faillite et déconfiture, et parce que lui, Carrier, était bien, alors et depuis plus de six mois, créancier du Défendeur pour bonne et valable considération. A cette contestation, Mailloux répondit que le billet avait été donné en renouvellement d'un autre billet fait et endossé par les mêmes parties en faveur du Demandeur et Opposant, dans le courant du mois de février alors dernier, lequel billet originaire avait été détruit ou déchiré lors du renouvellement d'icelui, et qu'en conséquence il ne pouvait le produire ; que, lors de la confection du billet, dans le mois de février alors dernier, le Défendeur n'était pas en déconfiture, ni insolvable, mais que le billet avait été fait, endossé et donné par les parties à icelui, et reçu par lui, Mailloux, de bonne foi, et dans le cours ordinaire de transactions commerciales.

JUGEMENT : " The Court, considering that, in so far as the promissory note mentioned in the opposition of Mailloux, dated 29th August, 1863, at the Parish of St. Gervais, whereby Pierre Audette, three months after date, promised to pay to the order of Defendant $120.87, is concerned, the said note

(1) V. art. 1092 C. C.

at the time of the filing of the opposition had not matured; and, considering that Defendant was only to become liable to pay the amount mentioned in the said note upon two contingencies, neither of which had then occurred, namely that P. Audette should fail to pay his note, and that Defendant should be notified, in due time, of the default to pay of P. Audette; considering that there was no right of action in Plaintiff upon the said note at the time of filing the opposition: The perpetual exception of Carrier is hereby maintained, and the opposition of Plaintiff, in so far as the last mentioned note is concerned, is hereby dismissed, with costs. (14 *D. T. B. C.*, p. 207.)

BOSSÉ et BOSSÉ, pour l'Opposant Mailloux.

CASAULT, LANGLOIS et ANGERS, pour Carrier contestant l'opposition de Mailloux.

CONTESTATION DE COLLOCATION.

SUPERIOR COURT, Quebec, 5th February, 1864.

Before: STUART, Justice.

DORION, Plaintiff, *vs.* GRANT, Defendant, *and* PATTERSON *et al.*, Opposants.

Jugé: 1° Que la contestation d'un rapport de distribution et de collocation, est une procédure de la nature d'une défense au fond en droit, sous laquelle l'on ne peut s'enquérir d'aucun fait.

2° Que, dans l'espèce, la contestation reposant sur des matières de fait, les parties contestant eussent dû plaider à l'opposition. (1)

This was a case in which the sheriff had in his hands a sum of money arising from the sale of certain immoveable property belonging to Defendant. Two oppositions *afin de conserver* were filed, one on the part of the Crown, and the other on the part of Pemberton Paterson, *et al.* The prothonotary

(1) En préparant l'ordre de collocation et distribution, le protonotaire suppose que les allégations contenues dans les oppositions non contestées sont vraies, et prépare l'ordre conformément aux droits des parties, tel qu'allégués dans leurs oppositions respectives. Si le protonotaire fait erreur en colloquant les parties dans l'ordre, il faut alors contester l'ordre pour obtenir justice; mais, si l'ordre est erroné, non à cause d'une erreur dans sa préparation, mais à cause d'allégations de fait mal fondées dans une opposition sur laquelle l'ordre est basé, alors ce n'est pas une contestation de l'ordre qui a été fait légalement qu'il faut, mais de l'opposition mal fondée sur laquelle l'ordre a été basé. Dans les conclusions d'une contestation d'une opposition faisant la base d'une collocation, il ne suffit pas de demander la revision de l'ordre, mais il faut demander le renvoi de la demande contenue dans l'opposition. (*Doutney* vs. *Mullin*, C. B. R., Montréal, 5 mars 1863, AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., MONDELET, J., et BADGLEY, J., confirmant le jugement de C. S., Montréal, 30 avril 1861, BERTHELOT, J., 11 R. J. R. Q., p. 347.) V. art. 727 et 743 C. P. C.

filed a report of distribution collocating both opposants ; whereupon the opposants, Paterson, *et al.*, moved to have the report homologated. The Plaintiff then filed a contestation of the report, and prayed that the *items* referring to the opposition of Patterson *et al.*, be struck out, on the ground that the sum claimed by their opposition had been fully paid and satisfied. A motion was made, on the 1st February, 1864, on behalf of the opposants, Patterson *et al.* : "That the contestation of the "report of distribution by and of behalf of Plaintiff, be "rejected, because the contestation was served and filed long "after the time allowed in that behalf by the rules of this "court, and because such contestation rests upon disputed "facts, which, by the practice of this court, cannot be investi-"gated by means of a contestation of a report of distribution." The motion was granted, and, in rendering judgment, the court remarked that a contestation to a report of distribution was in the nature of a demurrer, *défense au fond en droit*, under which no *enquête* could be had, and that, in the case before the court, the contestation rested upon matters of fact which could only be inquired into by a contestation of the opposition. (14 *D. T. B. C.*, p. 227.)

BURN, for Plaintiff.

HART and MCDOUGALL, for Opposants.

Counsel of Quebec.

LAMPSON, G., for Plaintiff.

VANNOVOUS, for opposants.

TABLE ALPHABÉTIQUE

—DES—

MATIÈRES CONTENUES DANS CE VOLUME.

A

C

D

E

F

J

L

M

N

O

P

Q

R

S

T

STATUTS IMPÉRIAUX.

ORDONNANCES

DU GOUVERNEUR ET DU CONSEIL LEGISLATIF DE LA PROVINCE DE QUEBEC.

STATUTS DU BAS-CANADA.

ORDONNANCES DU CONSEIL SPÉCIAL.

STATUTS DU CANADA.

STATUTS REFONDUS DU CANADA DE 1860.

STATUTS REFONDUS DU BAS-CANADA DE 1861.

STATUTS REVISÉS DU CANADA DE 1886.

STATUTS REFONDUS DE QUÉBEC.

CODE CIVIL.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

CODE MUNICIPAL.

CODE CRIMINEL.

NEL.

